

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 474 | Mayo-Junio 2023

ISSN: 2792-8314



¿«Nueva modernidad»
para una jurisdicción social estancada?

Cristóbal Molina Navarrete

**Los desafíos de la jurisdicción social
en la nueva sociedad del trabajo 5.0**

Una visión general de los desafíos
de la jurisdicción social:
propuestas de reforma legislativa

Fernando Salinas Molina

Las leyes de eficiencia
del servicio público de justicia

Joaquín García Murcia

Ley concursal y Ley procesal social:
interferencias y propuestas
de (contra) reforma

Lourdes López Cumbre

Retos del régimen de la prueba
en el proceso social
y sus recursos, en especial
ante la transformación digital

Susana de la Casa Quesada

Congruencia de la demanda
con la papeleta de conciliación
y protección frente al despido
de la mujer embarazada

Margarita Miñarro Yanini

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 474 | Mayo-Junio 2023

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

Comité científico

Carlos Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Laura Calafá. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Ana María Calles Doñate. Profesora titular de Selección y Evaluación de Personal. Universidad Complutense de Madrid (España)

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

Ignacio Carvajal Gómez-Cano. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Gerente de Landwell PWC Tax&Legal (Madrid, España)

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Charo García González. Directora de Recursos Humanos del Grupo Balesol (Madrid, España)

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

Loïc Lerouge. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

José Eduardo López Ahumada. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá (España)

María José López Álvarez. Profesora propia ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

María Luisa Molero Marañon. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Álvaro Rodríguez de la Calle. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente). Director del Área Laboral de KPMG España (Madrid, España)

Juan Sánchez Rodríguez. Vicepresidente de Recursos Humanos de DHL Supply Chain Iberia (Madrid, España)

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

Jesús Torres Mateos. Presidente de la Asociación Española de Directores de Recursos Humanos y Chief HR Officer at Food Delivery Brands (Telepizza) (Madrid, España)

José Ángel Zúñiga Vicente. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos (España)

Evaluación externa

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado). Universidad de Sevilla (España)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (6 números) 125 € en papel y digital / 75 € en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

Edición

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistatss@udima.es
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss>
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



Impresión

Artes Gráficas Coyve
c/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexación y calidad



Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

Sumario

Monográfico

Los desafíos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0

Editorial

- ¿«Nueva modernidad» para una jurisdicción social estancada?: retos en los entornos de una «sociedad digital del trabajo» y justicia «multinivel» 5-22
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica 23-53
Overview of the challenges facing the social jurisdiction: proposals for law reform based on critical practical experience
Fernando Salinas Molina
- Las leyes de eficiencia del servicio público de justicia: visión general y posible incidencia en la jurisdicción social 55-83
Efficiency laws in the public justice service: overview and possible impact on the social jurisdiction
Joaquín García Murcia
- Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma 85-117
Bankruptcy Law and Labor Procedure Law: interferences and proposals for (counter) reform
Lourdes López Cumbre
- Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital 119-150
Challenges of the procedural evidence in the social process and its resources, especially in the face of digital transformation
Susana de la Casa Quesada
- La revisión de sentencias firmes como excepción a la cosa juzgada: pasado, presente y futuro de una institución de carácter restrictivo y subsidiario 151-180
The review of final judgments as an exception to res judicata: past, present and future of an institution of a restrictive and subsidiary nature
Alberto Novoa Mendoza

Diálogos con la jurisprudencia

El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo

The "wobble" of the gender (and children's) perspective in recent case law: can "maternity damage" (even single-parent) be compensated through Social Security without its total judicialisation? On the occasion of Supreme Court Rulings 111/2023, of 8 February, 167/2023, of 27 February, and 169/2023, of 2 March

Cristóbal Molina Navarrete

Mejoras voluntarias, personal estatutario y competencia de jurisdicción social: ¿el fin de viejas resistencias a su vis atractiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2023, de 7 de febrero

Voluntary improvements, statutory personnel and the competence of social jurisdiction: the end of old resistances to their attractive force? Commentary on Supreme Court Ruling 107/2023, of 7 February

José María Moreno Pérez

Congruencia de la demanda con la papeleta de conciliación y protección frente al despido de la mujer embarazada: un ejemplo de flexibilización. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1151/2022, de 23 de diciembre

Congruence of the demand with the conciliation and protection ballot against the dismissal of the pregnant woman: an example of flexibility. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Madrid 1151/2022, of 23 December

Margarita Miñarro Yanini

Ejecución judicial de salarios y retenciones a cuenta: quien abona el salario queda obligado a los descuentos debidos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 118/2023, de 8 de febrero

Judicial enforcement of salaries and withholdings on account: whoever pays the salary is obliged to make the due deductions. Commentary on Supreme Court Ruling 118/2023, of 8 February

Juan Ignacio Marcos González

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>

¿«Nueva modernidad» para una jurisdicción social estancada?: retos en los entornos de una «sociedad digital del trabajo» y justicia «multinivel»

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

*Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>*

[...] la historia tañe sonora
su lección como campana
para gozar el mañana
hay que pelear el ahora [...].

M. Benedetti («Vamos juntos»)

Si no somos educados en nuestros errores pasados,
difícilmente actuaremos de forma sabia en el futuro.

J. I. Latorre Sentís (*Ética para máquinas*)

1. La modernización de la justicia, de nuevo a debate. La impartición de justicia en todos los órdenes, y por ende en el social, a través de un proceso jurisdiccional tan ágil (eficiente) como ecuaníme (equitativo: derecho humano civil europeo ex art. 6 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)), vuelve a estar en el ojo del huracán, también en nuestro país (fuera de Europa, tiene actualidad en otros países, como Israel). A los problemas estructurales, nunca bien atendidos, por supuesto menos aún mínimamente resueltos, que arrastra desde hace demasiadas décadas, lleva años sumando otros coyunturales, que se alargan en el tiempo. Por supuesto, aunque no sea nada baladí, dejo de lado en este lugar el dilate institucional y democrático que supone el persistente bloqueo en la renovación de la cúpula de gobierno del Poder Judicial, por haber devenido ya más una cuestión político-partidista, lamentablemente, que jurídica, aunque el resultado sea una significativa quiebra del orden constitucional, incluso del propio orden comunitario, como nos ha advertido ya la Comisión Europea que, afanada y enfangada con el problema en países autoritarios del

este europeo, no esperaba tener que preocuparse también por un país democrático, que en el segundo semestre del año asumirá, además, la presidencia de la Unión Europea, por lo que [apremia reformas](#).

En este análisis editorial más relevante, y operativo, será recordar, verbigracia, la agravación del vicio de dilación (¿indebida?) que sufren los procesos judiciales en este país nuestro por la suma de los retrasos acumulados tras la pandemia con los debidos a las diferentes convocatorias, producidas en cadena, de huelgas indefinidas por los varios colectivos implicados, primero el personal letrado de la Administración de Justicia (LAJ), cuyo formidable éxito habría alentado, después, la del resto del personal funcional de la función estatal-servicio público Administración de Justicia. [Más de 45.000 personas, que integran las plantillas de la Administración de Justicia en España, fueron llamadas, por su comité de huelga, a secundar un cese](#) de actividad indefinido, aunque parcial, desde el 15 de abril, ante la inicial falta de diálogo de sus representaciones sindicales (CSIF, CC. OO., UGT, STAJ) con el Ministerio de Justicia. Como es lógico, a la reivindicación de una «redistribución de funciones» (por la obsolescencia de las previstas en los arts. [476](#) a [478](#) Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ–), a fin de alentar la aceptación de varias enmiendas en tal sentido planteadas en la tramitación parlamentaria de la «Ley orgánica de eficiencia organizativa», suman una «adecuación retributiva» a las mismas, emulando el modelo de puro conflicto laboral promovido por el colectivo de LAJ, que ha basado su fuerte subida retributiva en el incremento que se produjo de sus funciones en sucesivas reformas legislativas.

La nueva (enésima) modernización augurada para la Administración de Justicia, desde este enfoque crítico, no solo alentaría su tecnologización máxima (digitalización), sino también su profesionalización (optimización del potencial subyacente en el «capital humano» de la Administración de Justicia), reforzando la imagen colectivizada no solo de la «oficina judicial» (vista como un equipo con una distribución funcional

La nueva (enésima) modernización augurada para la Administración de Justicia no solo alentaría su tecnologización máxima, sino también su profesionalización

más equitativa), sino también del proceso mismo (una cosa es la decisión jurisdiccional, otra su tramitación ágil y eficiente). La digitalización de la Administración de Justicia se ve, así, como un imperativo básico, al que no puede renunciar ningún modelo que aspire a tomarse en serio las condiciones de eficiencia (agilidad) y equidad exigibles para toda tutela judicial efectiva, sin dilación indebida, ex [artículo 24 de la Constitución española](#) (CE), pero que no puede ser suficiente, exigiéndose una reforma muy profunda de la organización procesal, en términos de redistribución de funciones entre sus diversos cuerpos profesionales (cuyos conflictos y recelos entre sí son bastante evidentes, demasiado). Ahora bien, el reto es aún mayor y más complejo, de ahí que esté en marcha un ambicioso, aun de suerte incierta, proyecto reformador, que atañe de lleno a la (re)configuración y cambio de dinámicas anticuadas de las instituciones y técnicas propiamente jurisdiccionales y procesales, avivando su funcionamiento en detrimento de persistentes ritualizaciones (por algo siguen

designándose como «leyes de ritos») y formalismos enervantes, con alguna frecuencia encubiertos en pretendidas exigencias garantistas. Curiosamente, en los diferentes proyectos y anteproyectos de ley activados, la palabra de orden no es la «calidad» de la justicia, ni su «equidad», sino la «eficiencia» (organizativa, procesal, digital).

2. El anhelo de eficiencia como eje vertebrador del actual programa reformador legislativo. En este –convulso– escenario, la tríada reformadora presentada por el Gobierno se articula en torno a los siguientes proyectos de ley (una magnífica visión de síntesis [se realiza en este número monográfico por el profesor Joaquín García Murcia](#), centrándose en su proyección al proceso jurisdiccional social). A saber:

- a) **Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia** (Boletín Oficial de las Cortes Generales –BOCG– de 22 de abril de 2022), que, cómo no, previsto en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), parte de las deficiencias de la justicia, pero relativiza las causas ligadas al «déficit de recursos» (materiales y de personal), aunque «haya que corregirlos», para situar la causa principal de sus «problemas crónicos» en «la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público».

En este ámbito, la clave de bóveda de la reforma se orientaría hacia la consecución tanto de la «legitimación social» como de la «eficiencia». Legitimidad «como grado de confianza y credibilidad que el sistema de justicia debe tener para nuestra ciudadanía; y eficiencia como capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas». Aquí, junto a la accesibilidad confiable al servicio público justicia, el objeto del deseo es la «agilización de los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales, vinculada en alguna ocasión a las correlativas y necesarias modificaciones en leyes sustantivas». Un hito siempre perseguido, nunca logrado, y que esperemos sea más creíble que la inicial previsión establecida para su aprobación, pues la parte expositiva de la [Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del PRTR español](#) señala que debía estarlo antes del 31 de diciembre de 2022, «a fin de acortar la duración de los procedimientos en todas las jurisdicciones, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos, así como el establecimiento de medios alternativos adecuados de solución de controversias» (hito CID 152 de la medida C11.R2. Reforma para el impulso del Estado de derecho y eficiencia del servicio público de la justicia). Han pasado 5 meses y la ley sigue pendiente de aprobación y, en este caso, a diferencia del retraso en otros compromisos, como los relativos a la reforma de las pensiones, no se podrá tirar del cómodo real decreto-ley.

- b) **Proyecto de Ley orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los tribunales de instancia y las oficinas de justicia en los municipios** (BOCG de 22 de abril de 2022). Este quiere ser revulsivo para una suerte de nueva revolución

organizativa territorial de la Administración de Justicia, pasando de un «modelo de juzgado unipersonal» a otro modelo más «colegiado».

A aquel modelo se le imputa todo tipo de disfunciones del servicio (falta de especialización; justicia interina, no profesional; desigual carga de trabajo y, por lo tanto, de tiempos en la toma de decisiones jurisdiccionales, etc.). A la justicia colegiada, en cambio, se le presume todo tipo de bondades racionalizadoras y de eficiencia. Por supuesto, en su exposición de motivos se advierte de que el modelo de los tribunales de instancia aspira a ser un sistema de organización colegiada modernizador del servicio público de justicia, pero sin alterar el ejercicio de la función jurisdiccional ni las competencias de los órganos de enjuiciamiento unipersonales, ajustándose plenamente, conforme interpreta a tal fin el dictamen del Consejo de Estado, a los artículos 117 y 122 de la CE. Veremos. De momento, ya se apuntó *ut supra* el descontento radical del funcionariado que lo tiene que gestionar.

- c) **Proyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de justicia** (BOCG de 12 de septiembre de 2022), que, como es lógico, trata de maximizar el recurso a las tecnologías de la información en todas las fases del proceso jurisdiccional, como una de las grandes apuestas para hacer realidad esa agilización y eficiencia.

Sin perjuicio de sus notables diferencias, también de sus interacciones, más allá del valor que los inspira y que los nombra a los tres, la eficiencia (procesal, organizativa y digital), dos elementos son comunes a esta trilogía reformadora. Del lado negativo, la visión de que el futuro inmediato nos depara un notable «incremento de la litigiosidad», ahondando en la «cultura de la judicialización» de todo que anima nuestras vidas, lo que no es demasiado alentador para la seguridad jurídica y la paz social, también el mundo de la economía y el trabajo. Del otro, en positivo, la absoluta confianza en los beneficios de los avances tecnológicos para hacer real el ambiciosísimo programa transformador (por ejemplo, expediente judicial electrónico, digitalización de las oficinas judiciales, desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la información, trabajo a distancia del personal judicial –resaltando, por si faltaba algo, la reducción de la huella ecológica que de ello se derivará al reducir los desplazamientos a los tribunales–, etc.), cuando la experiencia acumulada de prestación del servicio de forma telemática en la pandemia no nos hace ser demasiado optimistas.

Sin perjuicio de sus notables diferencias, dos elementos son comunes a esta trilogía reformadora: un notable «incremento de la litigiosidad» y la absoluta confianza en los beneficios de los avances tecnológicos

3. La digitalización desafía al trabajo y la sociedad digital del trabajo reta al cambio de sistema procesal. Por supuesto, aunque ni sus tribunales ni su ley procesal sean los que merezcan más atención, más bien quedan, lamentablemente, en un segundo plano, el

orden judicial competente en la rama social del derecho ([art. 1 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–) y su sistema procesal están llamados a protagonizar, más pronto que tarde, un profundo tiempo de cambios. Al menos si no quiere perder la oportunidad de volver a subirse al tren de la modernidad que abandonó hace tiempo. El orgullo de haber sido pionera en la innovación, incluso revolución, de un gran número de avances procesales (por ejemplo, oralidad, celeridad, instancia única, etc.), marcando el paso para posteriores reformas del tronco procesal común (proceso civil), ganando autonomía y prestigio, no puede cegarnos la realidad de una jurisdicción bastante estancada, sino retrasada respecto de la evolución.

No es casual que la, otrora, adalid de la agilización procesal (la celeridad es uno de sus santos y señas, recogido como auténtico principio procesal, aunque aparezca el último en la lista de los cuatro –[art. 74.1, in fine, LRJS](#)–) haya sido la señalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC 125/2022, de 10 de octubre](#), como incumplidora del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Como es conocido, el TC reconocerá el amparo a una persona trabajadora porque el juzgado demoró nada menos que 3 años la fecha de celebración del acto de juicio, tratándose de un sencillo proceso ordinario en el que se pretendía una indemnización por incumplimiento en la formalización de un contrato posdoctoral. En los pleitos de Seguridad Social la situación es aún mucho peor, pese a tratarse de un tipo de prestaciones vinculadas a la existencia de vida material digna de las personas.

Quizás por ello fuese también en el ámbito social en el que surgió, o más se desarrolló, la «ocurrencia» (audaz, sí; ¿en exceso?, no lo tengo aún claro) de acudir a la digitalización para avanzar en la tramitación de procesos, la mayoría de Seguridad Social (Auto del Juzgado de lo Social –AJS– núm. 1 de León de 28 de febrero de 2023), tratando de salvar, con este remedio de «esquirolaje tecnológico» ([STC 17/2017, de 2 de febrero](#)), el enorme retraso causado por la dilatada huelga de LAJ. En la medida en que era petición de ambas partes (primacía del derecho a la tutela judicial) y puesto que la grabación (sistema «e-Fidelius») del juicio no precisa legalmente la presencia de LAJ (depositario de la fe pública judicial ex [art. 453 LOPJ](#), pero que ejerce sin estar presente, de mediar grabación telemática ex [art. 147 Ley de enjuiciamiento civil](#) –LEC–), acordó la celebración de juicios –[siete de Seguridad Social](#)–. Y ello sin perjuicio –dice– de que cuando la LAJ no esté ejerciendo su derecho de huelga pueda firmar electrónicamente, en los términos del [artículo 89.2 de la LRJS](#) –y [art. 147.2 LEC](#)–¹.

El juzgado (que aprovecha para recordar –frente a quienes defienden el trabajo en equipo– que la tramitación procesal no es una función gestora, ajena a la jurisdiccional –[art. 117 CE](#) en relación con los arts. [12](#) y [176.2 LOPJ](#) y [225.3.º LEC](#)) tiene en cuenta también el reducido riesgo de nulidad procesal. Primero, porque esa ausencia como regla del LAJ no podría conllevar la nulidad del [artículo 238.5.º de la LOPJ](#). Segundo, si no hay indefensión

¹ La Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 2.ª, 120/2021, de 11 de febrero, reduce la ausencia de firma del LAJ a mera irregularidad, pues no causó indefensión y se produjo con la presencia judicial.

real, no jugará la nulidad del [artículo 238.3.º de la LOPJ](#). Tercero, el antiformalismo que suele regir, con excepciones, en este orden jurisdiccional (un interesante análisis actual de este debate en el [diálogo de la profesora Margarita Miñarro Yanini](#) en este monográfico), pues:

La infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración de acta [...] no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo la misma posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea; a tal efecto ha de tenerse en cuenta la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación y la limitación de motivos por los que puede interponerse [...] (STS de 10 de enero de 2023, rec. 4071/2019).

4. Verdad material versus verdad jurídica: ¿actualización a propósito de la prueba tecnológica? Sin duda, esta polémica experiencia, que busca –bienintencionadamente– atajar en la solución de un trascendental conflicto entre dos derechos fundamentales, el de la tutela judicial efectiva de la ciudadanía, que no puede hacer nada para intervenir en el mismo, fiando su suerte a la del conflicto o a una decisión de autoridad pública, y el derecho a la huelga del personal LAJ, que ejerce su derecho fundamental sin una precisa regulación al respecto, siempre eludida por el Poder Legislativo –y el Ejecutivo–, amerita, en sí misma, un análisis detallado. No es, sin embargo, plato de gusto, hasta ahora, para la doctrina laboralista, porque desdibuja los límites clásicos en relación con temas de enjundia como los servicios mínimos, el carácter abusivo, etc. (por ejemplo, [STS 953/2022, de 13 de diciembre](#), declara abusiva una huelga indefinida, pero intermitente, durante 5 años, con fines estratégicos para otros propósitos, en la sociedad estatal Correos y Telégrafos –servicio público esencial de singular afectación a la ciudadanía, aunque abierta a la competencia privada, a diferencia del de justicia, que sí se abre a formas alternativas de solución de los conflictos–). Tampoco lo afrontaré aquí, dejándolo para otra ocasión, seguramente proporcionada por la nueva huelga del personal funcional.

El objetivo es otro. Nos ilustra cómo el avance de la tecnología digital puede poner en cuestión (amenaza) una actividad profesional en el ámbito del servicio público de justicia, o al menos una parte importante (por ejemplo, fe pública judicial), sumándose al reto que supone el desarrollo de la inteligencia artificial (IA), concretamente la IA generativa, estos días de actualidad a propósito de la tecnología «ChatGPT-4». Tal es su potencial disruptivo que se presenta como un «salto dramático en sus capacidades». Cierto, la tecnología promete mucho más de lo que luego da. Pero las expectativas por sus oportunidades, también las alertas por sus riesgos (no solo desplaza actividad humana, sino que tiene la «mala costumbre» de inventarse lo que no sabe), están lanzadas, por su capacidad para generar con precisión textos y responder a preguntas complejas. Ya se usa para la elaboración de escritos procesales (demandas, [sentencias](#), recursos, etc.). Tampoco nos detendremos en el nuevo debate que este potencial uso abre del impacto de la IA en el servicio público judicial, cuyas primeras utilidades reafirman la audacia de algunos componentes de la carrera judicial para integrar los nuevos desafíos de la sociedad digital.

De este modo, no solo los contenidos, también el modo de impartir justicia en el orden social se vería profundamente retado por la «sociedad digital del trabajo (y de la protección social)» y el continuo desarrollo de la Industria 4.0, incluso la «[Industria 5.0](#)». Precisamente, en este escenario, son cada vez más frecuentes los litigios que también ponen a prueba la tensión entre derechos fundamentales sustantivos y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Piénsese en los frecuentes conflictos sobre la prueba tecnológica.

Este potencial uso de la IA en el servicio público judicial reafirma la audacia de algunos componentes de la carrera judicial para integrar los nuevos desafíos de la sociedad digital

La diferenciación –a mi juicio correcta– entre la nulidad de la prueba tecnológica por vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora, que ahora lleva siempre aparejada –lo que es igualmente coherente– una indemnización adicional para el resarcimiento del daño en sí por tal violación de derechos fundamentales, de un lado, y la calificación que debe recibir el despido efectuado, impidiendo una visión extrema de la doctrina apelada con la célebre metáfora (de origen bíblico) del «fruto del árbol envenenado», en aras del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona empleadora, que también lo tiene, de otro, reabre un debate mucho más amplio y que parecía ya superado, como el relativo a la dialéctica entre la «verdad material» y la «verdad jurídica» o formal. La primera, más típica de los procesos de orden social; la segunda, característica de los procesos civiles, donde rige un estricto principio de justicia rogada. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia [925/2023, de 15 de febrero](#), recuerda el carácter casuístico de esta cuestión, refiriendo la [STC 61/2021, de 15 de marzo](#) (en la misma línea, la [STS 696/2022, de 26 de julio](#)), y no acepta la nulidad del despido basado en una prueba inconstitucional (documento extraído de un maletín olvidado por la trabajadora despedida y hallado por una compañera que lo entrega a la dirección), calificándolo, por no aportarse más prueba que la inválida, de improcedente, eso sí, con indemnización de daños y perjuicios conforme al estándar mínimo en estos casos (aplicando el sencillo y cómodo «baremo sancionador» de la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#)).

El proceso social viene marcado por una visión propia del principio de igualdad de partes (y de armas procesales), por el carácter compensador de la desigualdad material de la relación de trabajo. Ahora bien, la empresa también tiene derecho a la tutela judicial efectiva. Al margen del juicio de reprobación en la búsqueda de pruebas que le garanticen la eficacia del poder de control (que ha de recibir la sanción de nulidad de la prueba e indemnización disuasoria ex [art. 183 LRJS](#) si lesiona derechos de rango fundamental), debe poder ejercerlo, como el de la tutela judicial efectiva, a través de pruebas que no estén contaminadas. En todo caso, y más allá de esta cuestión, subsisten déficits a corregir para la práctica de la prueba digital, que las reformas en tramitación, pese a introducir medidas (por ejemplo, nuevo art. 137 bis LEC), apenas afrontan, menos para el orden social, donde se ve más obstaculizado, al deberse ofrecer, como regla, en el juicio ([un estudio sugerente del tema lo realiza la profesora Susana de la Casa Quesada](#) en este monográfico), urgiendo

una función jurisdiccional de progreso en aras de la remoción de obstáculos, no solo, que también, para la parte más vulnerable socialmente.

Piénsese, por seguir ilustrando la reflexión con experiencias recientes relevantes, en el debate abierto en torno a si es posible acreditar un despido a través de la carta de despido enviada mediante *e-mail* o mensajería instantánea (WhatsApp). Varias sentencias de suplicación dan actualidad a este continuo conflicto. Es el caso de la [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 741/2022, de 18 de noviembre](#). En ella, por mor del principio de libertad probatoria, siempre que el medio que se use esté admitido en derecho y resulte fehaciente para el cumplimiento de sus fines, se acepta la comunicación por correo electrónico del cese, activando el periodo propio de la caducidad, que estima producida.

[La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 741/2022, de 18 de noviembre, acepta la comunicación por correo electrónico del cese](#)

Más restrictiva se muestra, en cambio, la [STSJ de Castilla-La Mancha 1330/2022, de 14 de julio](#), que no da validez al correo electrónico certificado para acreditar el despido efectuado, por valorar que no informa suficientemente de la causa. Si respecto de los correos electrónicos hay dudas, pese a la validación como prueba documental, siempre que tengan suficiente autenticidad, por la [STS de 23 de julio de 2020 \(rec. 239/2018\)](#), más las hay respecto de medios cada vez más usados como comunicación normal en las relaciones de trabajo, el WhatsApp, donde no hay jurisprudencia unificada (el [Auto del TS de 21 de febrero de 2017, rec. 1923/2016](#), que parece evidenciar una posición contraria a su calificación como prueba documental, no es hábil para crear jurisprudencia). Habrá que esperar, pues, para resolver la fuerte contradicción entre doctrinas de suplicación también aquí (por ejemplo, a favor de su carácter de prueba documental, la [STSJ del País Vasco 73/2021, de 19 de enero](#); en contra, la [STSJ de Galicia de 26 de marzo de 2021, rec. 4733/2020](#)).

5. De la prueba tecnológica a la prueba pericial forense tomada en serio. En todo caso, requiere garantizar la autenticidad, incluso con intervención de una prueba pericial informática (en el proceso social se atribuiría al personal LAJ). Así se establece en otros órdenes jurisdiccionales, como el militar ([STS, Sala 5.ª, 90/2021, de 7 de octubre](#): confirma la sanción de empleo y sueldo de un sargento por el contenido de una comunicación de WhatsApp) y el civil, siendo más prudente, a mi juicio, la solución penal (por ejemplo, [STS, Sala 2.ª, 754/2015, de 27 de noviembre](#), considera que no será necesaria la autenticación pericial «cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba»). No es menor este debate. Como se conoce, de la solución dependerá abrir la estricta suplicación (y, en su caso, casación). La instancia única del proceso social, que hace la revisión posterior de por sí difícil, ante el protagonismo y libertad valorativa de la instancia, siempre que garantice la igualdad probatoria, sin privilegios (por ejemplo, [STSJ de Madrid de 7 de abril de 2014,](#)

[rec. 1929/2013](#); [STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2020, rec. 1625/2020](#)), solo será posible si es prueba documental. En otro caso, carecerá de valor, dada la suspicacia sobre su fiabilidad (por ejemplo, [STSJ de Madrid 817/2017, de 29 de septiembre](#)), parcialmente superada por el TS.

Pero, al margen y más allá de este importante aspecto, es evidente que abre otras dimensiones mayores sobre la necesidad, no solo conveniencia, de renovación del trascendental momento probatorio pericial en el proceso social. Lo que es acuciante en un tiempo donde gana relieve por la complejidad (económica, social, tecnológica) de los asuntos en el mundo del trabajo contemporáneo, no solo digital, aunque la obsesión que genera por maximizar el rendimiento productivo no sea ajena a esas otras facetas. Centrado en litigios de los accidentes de trabajo, y, menos, en litigios de discriminación de sexo-género ([art. 95 LRJS](#)), ni su regulación potestativa para la jurisdicción (lo que genera decisiones contradictorias –perjudicando la coherencia y la igualdad aplicativas del derecho social– en la llamada del forense) ni su aplicación práctica están resultando efectivas (una crítica bien fundada en el citado [trabajo de la profesora Susana de la Casa Quesada](#)).

De nuevo, ilustrando las reflexiones con ejemplos prácticos, de interés resultará traer a colación algunas decisiones jurisdiccionales recientes que, aunque de forma muy ambigua, parecen abrirse a la innovación en materia de prueba pericial. Sería el caso de la [STSJ de](#)

[Cantabria 118/2023, de 27 de febrero](#). Esta sentencia califica como accidente laboral el suicidio de un trabajador, estimando el recurso de suplicación interpuesto por su viuda y su hija (huérfana, pues). Exhibiendo el recordado carácter tan restrictivo de la suplicación rechaza la revisión de hechos, incluso los derivados de la llamada «prueba de autopsia psíquica», que novedosamente se introdujo en este asunto y que aportaría cierta información útil relativa a las motivaciones, e intencionalidad de dicha conducta suicida (en el caso a raíz de la apertura de un expediente disciplinario por la denuncia de acoso laboral a una compañera y el miedo a una querrela criminal contra él de esta).

[La STSJ de Cantabria 118/2023, de 27 de febrero, califica como accidente laboral el suicidio de un trabajador](#)

Sin embargo, la sala de suplicación sí realizará una diferente valoración jurídica de tales informaciones. Hasta el punto de recoger en gran medida lo que en ese informe pericial se afirma. En él se ponía negro sobre blanco la vinculación de la autolisis a un entorno laboral conflictivo psicosocialmente y a la adopción de medidas empresariales (sanción, aun leve; traslado a otro centro que le dificulta la conciliación), descartando el papel determinante de otros factores personales y familiares, también existentes. En esta revisión valorativa jurídica, que no fáctica, no fue menor la intervención inspectora. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) levantó acta de infracción y propuso recargo por incumplimiento preventivo en esta situación. Un dato que abre la vía para la petición de responsabilidad civil, algo que no habría sucedido hasta ahora (lo recuerda la [STSJ de Cataluña de 20 de](#)

abril de 2022, rec. 6644/2021: el suicidio es accidente laboral en este caso, pero fue imprevisible, sin incumplimiento preventivo empresarial²).

6. La posición del orden social en el sistema jurisdiccional: ¿hacia una jurisdicción social integral del empleo, también público? El tránsito hacia una «sociedad digital del trabajo» (no solo del «trabajo digital») afecta a la propia posición jurisdiccional del orden social en el entero sistema. Así lo muestra, por ejemplo, su influencia en las leyes sobre el vínculo de empleo en sectores de la economía digital, como el trabajo en plataformas, optando por el empleo asalariado en detrimento del autoempleo digital (la propuesta de Directiva sobre el trabajo en plataformas es tributaria de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–). Alguna novedad legal puede hacer dudar de aquella centralidad, como la eliminación del histórico proceso de oficio por la [Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo](#) (deroga el [art. 148 d\) LRJS](#)). La policía laboral de élite (la ITSS) ya no precisará del auxilio del orden social en su denodada –y mal retribuida– lucha contra la falsa autonomía, adquiriendo ejecutividad inmediata, una vez ganen firmeza, sus actas de liquidación, cuyo control no le corresponde al orden social, sino al contencioso-administrativo ([art. 3 LRJS](#)).

Aunque, conviene recordarlo, si bien ya se comentó en el [editorial del número pasado](#), el Poder Legislativo, instado por el Poder Ejecutivo, no parece tampoco quedar satisfecho con la revalorización del poder punitivo administrativo. Cierto, la intervención ejecutiva de la ITSS agilizaría, de un lado, la actuación pública «masiva» (con implicación de miles de personas empleadas) frente a los incumplimientos de estas plataformas en la calificación de las relaciones de empleo en línea como laborales, sin que haya que esperar una decisión judicial social, cada vez más ralentizada. A tiempo, de otro, desincentiva el recurso dilatorio por las empresas (uso estratégico u oportunista) contra las actas, tratando de evitar su instrumentación al servicio de una lógica de cálculo económico beneficios/costes de seguir incumpliendo mientras dura el –interminable– proceso jurisdiccional, impactando en el mercado, al desplazar empresas competidoras que sí cumplen. Pero va más allá y favorece la intervención de la propia policía judicial, instada por la Fiscalía, a través de la configuración como delito (reformado [art. 311 Código Penal](#)), con lo que, por lo que ahora interesa, en última instancia, el orden jurisdiccional llamado a delimitar todo este entramado jurídico-económico propio de una sociedad-economía digital será el penal, sin perjuicio de los espacios más individualizados (también de conflicto colectivo) para el social, por supuesto.

El Poder Legislativo, instado por el Poder Ejecutivo, no parece tampoco quedar satisfecho con la revalorización del poder punitivo administrativo

² En el mismo sentido, de calificar el suicidio como accidente de trabajo (y el reforzamiento prestacional de Seguridad Social que ello supone), pero sin responsabilidad empresarial, la [STSJ de Castilla-La Mancha 161/2023, de 6 de febrero](#) (personal laboral del Ayuntamiento de Albacete).

No es el único revés que el orden social ha experimentado en las reformas más recientes dirigidas a introducir mayor dinamismo y agilidad a las relaciones económicas y en las que interfería, no tan productivamente como espera y quiere la ley, el tradicional garantismo social. En la tensión con el orden civil, en especial con el juzgado concursal y en relación con la venta de empresas como solución más eficiente para atender las crisis de insolvencia, también el orden social habría perdido esa batalla entre tronos togados ([arts. 86 bis LOPJ, 52.1.4.^a y 221 Ley concursal](#)), como ya se contó en números anteriores y [analiza, en este monográfico, la profesora Lourdes López Cumbre](#).

Conviene no extralimitar, sin embargo, estas novedades legislativas y de política del derecho sobre la posición futura del orden social en relación con sus dialécticas, extensas, con el resto de los órdenes jurisdiccionales, dada la transversalidad de la rama social del derecho. Al respecto, evidenciando su relatividad y, en todo caso, ambigüedad, conviene recordar que la propia [Ley de empleo](#) ha traído una reforma del [artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) que, al poner el acento, nuevamente, en el poder de control de la autoridad laboral, a través del papel reforzado de su cuerpo de policía de élite, la ITSS, supondrá, indirectamente, el refuerzo del control jurisdiccional social, como también expuse en el [editorial del número anterior](#). Ahora bien, una vez más, sí que permite situar en el primer plano del debate reformador un nuevo impulso de la vis atractiva del orden social en relación con las pretensiones en el ámbito de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, convirtiéndose en una genuina jurisdicción social integral para el empleo, tanto privado como público. Los conflictos en este ámbito son continuos. Por ejemplo, la [STS 926/2022, de 22 de noviembre](#) (el orden social es el competente para reclamar derechos profesionales en el empleo público laboral, siempre que no se pida modificar la relación de puestos de trabajo).

No es el único ejemplo ilustrativo de este exceso de conflictos, innecesarios, a mi juicio. Piénsese, por ejemplo, en la [STSJ de Madrid 1118/2022, de 14 de diciembre](#) (estima el recurso de suplicación contra una sentencia de instancia social que rechazó conocer, en favor del orden contencioso, de una pretensión de complemento por maternidad con la acumulación de vulneración de derechos fundamentales, por entender que esta acción debía dirigirse mediante responsabilidad patrimonial del Estado). O la [STS 107/2023, de 7 de febrero](#) (la pretensión individual del personal estatutario de la mejora voluntaria es competencia social –[analizada por el profesor José María Moreno Pérez](#)–). O en la, a todas luces errada, [STS, Sala 3.^a, 250/2023, de 28 de febrero](#), que, frente a la calificación de los premios de jubilación en el empleo público universitario laboral como mejoras voluntarias por la Sala 4.^a, considera que, para el funcional, serían una gratificación sin fundamento legal.

La última reflexión, *obiter dicta*, más sarcástica que irónica, deslizada mueve a la revisión crítica. La Sala 3.^a, en un alarde de empatía, solo hipotética, parece ponerse en la piel de las funcionarias que ven cómo sus compañeras laborales, haciendo lo mismo, sí cobran el premio de jubilación, y da a entender y considera no desdeñable:

[...] que la desestimación de la demanda choca con [la] razón de justicia que está en la base de las pretensiones [...]: que el personal de administración y servicios (PAS), ya sea laboral o funcionario, realiza funciones análogas, si no las mismas, luego deben tener el mismo tratamiento en el momento de la jubilación (FJ 5.º, punto 4).

Pese a todo, concluirá que:

[...] estar a la naturaleza de la relación funcional y sus diferencias con la laboral, no responde a un legalismo ajeno a la [...] justicia. Cosa distinta es que la laboralización del empleo público cree situaciones de difícil encaje [...] cuya enmienda o conciliación –al menos en este caso– escapa a la acción de los tribunales (FJ 5.º, punto 5).

No vamos a entrar a discutir este último aserto –la corrección de la diferencia de regímenes atendiendo a la naturaleza del vínculo de empleo es misión esencialmente legislativa, y convencional, pero no se puede ignorar el papel de la jurisdicción para reducir las poco razonables, como esta–. Sí reclama avanzar en la dirección de una jurisdicción social integral del empleo dependiente, privado y público. Precisamente, el ensayo que supuso, como una de las novedades más imponentes de la LRJS (debida a la sabia dirección del [magistrado don Fernando Salinas Molina, cuyo magistral análisis de balance y prospectivo se incluye en este monográfico](#)), la jurisdicción integral del orden social en lo que se refiere a la seguridad y salud en el trabajo (prevención y reparación) ilustra su factibilidad. No fue fácil, ni pacífico. Hubo decisiones erráticas, de ambos órdenes, social y contencioso, incluso no es total (hay cuestiones relativas a la calificación de accidentes de trabajo, en su dimensión de actos de servicios, para clases pasivas que están todavía pendientes de transferir al orden social). Pero, finalmente, se ha consolidado e ilustra un ejemplo de éxito. La pandemia y el caos derivado en los primeros meses en relación con la ausencia de medidas de prevención eficaces frente al riesgo de contagio fueron definitivos.

Reclama avanzar en la dirección de una jurisdicción social integral del empleo dependiente, privado y público

En el ámbito de profesiones esenciales, a la cuestión de salud pública sumó la laboral (por ejemplo, [STS 455/2022, de 18 de mayo](#) –aunque concluya que no hubo incumplimiento preventivo por el consorcio público gallego, en contra de la ITSS, determinante en la decisión de suplicación que, actuando como sala de instancia en conflicto colectivo, sí condenó al empleado público-administrativo por inobservancia preventiva³–). La dualidad de vías, contenciosa y social, llevó a esta a consolidar su papel, corrigiendo decisiones

³ «El cualificado criterio de la ITSS puede ser valorado por los órganos judiciales, pero no es vinculante ni determinante de la decisión que haya de adoptarse» (FJ 3.º, *in fine*). Recuérdese, además, que sus actuaciones implican la interrupción extrajudicial de acciones ([STS 1019/2021, de 18 de octubre](#)).

erráticas. Así, la [STSJ del País Vasco 1660/2022, de 28 de julio](#), rectifica su doctrina en virtud del criterio de la [STS de 18 de mayo de 2022 \(rec. 624/2019\)](#), reconociendo al orden social la competencia para la reclamación por acoso laboral del profesional estatutario.

No comparto la posición de quien niega al derecho del trabajo una condición escrita en su código genético y que marcará su evolución futura: el ser el derecho común del trabajo dependiente, máxime si cuenta con una armazón comunitaria, donde estas fronteras son más artificiales (por ejemplo, la [STSJ de Andalucía/Sevilla 3038/2022, de 10 de noviembre](#) –correcta en el fallo al rechazar la competencia del orden social a favor del contencioso, en nombramientos sucesivos abusivos como personal funcionario eventual, se excede, a mi juicio, en tan apodíctica e innecesaria afirmación en el caso). Como no es aceptable tampoco una doctrina como la de la [STS, Sala 3.ª, 216/2023, de 22 de febrero](#), que rechaza que una Administración pública empleadora puede ser condenada a una indemnización con finalidad no solo reparadora, sino disuasoria, por incurrir de forma recurrente en abuso de temporalidad⁴, atrincherándose en una «doctrina patria» que, a mi juicio, contradice abiertamente la doctrina del TJUE (por ejemplo, [Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, IMIDRA](#)⁵).

No comparto la posición de quien niega al derecho del trabajo una condición escrita en su código genético y que marcará su evolución futura: el ser el derecho común del trabajo dependiente

7. Del paradigma de «justicia social patria» al de «justicia multinivel». Esta última observación nos desliza con la suavidad de una balsa de aceite en otra fuente de desafíos para una «segunda modernización», tras la que supuso la LRJS, de la jurisdicción social. Me refiero al que supone la recomposición de fuentes y técnicas derivada de la extrema complejidad del sistema de regulación y garantías de los derechos de carácter laboral y social, sintetizada en la célebre fórmula de «justicia social multinivel». Apela a un conjunto de retos transversales de la jurisdicción social, no limitándose solo a promover una mayor formación, sino a promover también un modelo de justicia difuso (típico anglosajón) frente al concentrado (propio del continente), con más control jurisdiccional ordinario de las leyes nacionales en virtud del juicio de conformidad comunitaria ex [artículo 93 de la CE](#) (y [art. 4 bis LOPJ](#)) y del juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la CE](#) ([STS 888/2022, de 2 de noviembre](#)), descartado el de constitucionalidad, propio del TC. El desafío es mayor.

⁴ «[...] la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados».

⁵ El TJUE «ha declarado que la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada [...]» (apdo. 86).

De inicio, es poco comprensible, a mi juicio, que, con la complejidad del mundo del trabajo del siglo XXI (que, por ejemplo, conoce cada vez más pleitos donde se ventila la competencia jurisdiccional internacional –por ejemplo, [STS 949/2022, de 30 de noviembre](#)–), sigamos teniendo en la norma (la realidad es diferente, opuesta, afortunadamente) una justicia laboral sin «postulación procesal», esto es, una defensa no profesional (por personas que ejercen la abogacía o la graduación social). Pareciera que se estuviese aún en los albores del siglo XX, en el tiempo de una «justicia de personas pobres (cuestión obrera)» y «menesterosas» (prestaciones de «invalidez», vejez, etc.), sin otra capacidad de defensa en el sistema, en el que bastaba con dar al órgano judicial los hechos, para que él, prudentemente y sin más, te diera los derechos (*da mihi facta, dabo tibi ius*), sin «rogarlos adecuadamente» (como en el proceso civil). Y ello sobre la base del no menos tópico, y de origen medieval, «*iura novit curia*» (por ejemplo, [STS, Sala 1.ª, 168/2015, de 24 de marzo](#)).

Por lo pronto, este principio se ve condicionado en los recursos extraordinarios, por el carácter tasado de los motivos, al tiempo que se intensifica en la práctica lo rogado del proceso social. Así, la [STS 7/2023, de 10 de enero](#), se ve obligada a recordar al tribunal de suplicación que no puede guardar silencio sobre la indemnización de daños por violación de derechos fundamentales. En cambio, la [STS 697/2022, de 26 de julio](#) (en un asunto relativo al crecientemente conflictivo complemento por maternidad, que ni siquiera estando a extinguir cesa en su litigiosidad, más bien aumenta), da «la de arena» y muestra la cara más formalista y de justicia rogada, incluso ante la facultad concedida al Ministerio Fiscal ex [artículo 219.3 de la LRJS](#) para recurrir en casación para la unificación de doctrina y en defensa del principio de legalidad, negándose a corregir las deficiencias del recurso, pues no solo no le compete hacerlo, sino que, pretendidamente, evitaría la indefensión de la otra parte. El voto particular, mucho mejor fundado, a mi juicio, sí se muestra más comprensivo y considera que debió admitirse el recurso, primando el interés legal al que sirve sobre la interpretación formalista de la norma, por cuanto hay elementos, incluso de normas internacionales relativas a derechos fundamentales, en juego, proponiendo una visión más antiformalista, propia del orden social.

Y en el ámbito de la defensa especializada todavía se hallan pleitos que llegan hasta el TS, declarando la nulidad de actuaciones y devolviendo los autos al juzgado ¡porque este olvidó comunicar a la trabajadora que la empresa acudiría con asistencia letrada, exigencia de igualdad de armas! ([STS 151/2023, de 21 de febrero](#)). ¿Pura anécdota? Quizás, pero nos recuerda que sigue presente una norma que devalúa el quehacer judicial social actual y urge un cambio legal. El funcionamiento efectivo de este orden no variará, generalizado el beneficio de justicia gratuita para las personas trabajadoras y consolidado un potente papel de los servicios jurídicos de los sindicatos. La clave está en la garantía social del derecho a la efectividad de la tutela judicial (*vid.* nuevo [proyecto de Ley orgánica del derecho de defensa](#)), no en la irrealista liberación normativa de la necesaria –por razón práctica– asistencia jurídica profesional.

En ese escenario y modelo normativo de justicia social «simplificada y nacional», pretendidamente de mayor garantía para la persona trabajadora por la menor «carga procesal» que tendría, deben entenderse las resistencias jurisdiccionales a controlar la evolución flexibilizadora de las formas y devaluadora de costes del despido arbitrario, salvo que viole derechos fundamentales. Aunque con ello facilita claramente la posición empresarial, dándole certeza en torno al coste de sus decisiones, aun arbitrarias. El carácter formal del despido, así como el carácter tasado de la indemnización (por ejemplo, STS 12/2023, de 10 de enero –no proceden salarios de tramitación cuando la readmisión por un despido improcedente es imposible por causa legal–), que libera a la persona trabajadora de la prueba del daño (también a la jurisdicción social de vertebrar su valoración de daños, siempre compleja y tediosa), legitimarían la situación legal patria.

Como el despido no es competencia comunitaria (salvo el procedimiento para el despido colectivo, lo que genera un continuo peregrinar al TJUE –por ejemplo, Auto del TSJ de Cataluña de 20 de enero de 2023, rec. 1599/2022: ha presentado una nueva cuestión prejudicial por considerar el cese por jubilación ex [art. 49.1 g\) ET](#) sujeto al despido colectivo–), no tuvo entrada triunfal el control de élite jurisdiccional social que descubrió (tardíamente, pero pronto se puso al día) las virtudes de la cuestión prejudicial para saltarse al –conservador– TS⁶, incluso al –más conservador– TC (la selección de la ley conforme al orden comunitario es exigencia de tutela judicial efectiva –[STC 152/2021, de 13 de septiembre](#)–). Por su parte, el carácter de principio de las normas internacionales impediría su aplicación directa, al margen de la mediación legal o convencional (por ejemplo, [STS 284/1988, de 8 de marzo](#)).

8. Nueva juventud de las normas sociales internacionales en suplicación en contraste con la casación, viejas y devaluadas conocidas. Esa «élite jurisdiccional» parece decidida a sacudir esos cimientos, ahora desde el juicio de convencionalidad, con una aplicación disruptiva del [Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#), durante mucho tiempo infravalorado jurisprudencialmente. Así, la STSJ de las Islas Baleares 68/2023, de 13 de diciembre, califica como improcedente un despido disciplinario en el que no se concede audiencia previa a la persona trabajadora, por vulnerar el artículo 7 del [Convenio número 158 de la OIT](#). Por su parte, una aplicación combinada del artículo 10 de aquel convenio y el [artículo 24 de la Carta Social Europea revisada \(CSEr\)](#) lleva a la [STSJ de Cataluña 469/2023, de 30 de enero](#), a reconocer

Esa «élite jurisdiccional» parece decidida a sacudir esos cimientos, ahora desde el juicio de convencionalidad

⁶ En otro ámbito, la polémica –pero muy racional– [STS 169/2023, de 2 de marzo](#), que ha negado doblar los permisos de nacimiento a las familias monoparentales encabezadas por una mujer, ya [encuentra su contestación](#) en un [AJS número 1](#) de Sevilla que ha planteado una cuestión prejudicial apuntando la disconformidad de nuestro derecho con el artículo 5.8 de la [Directiva \(UE\) 2019/1158](#).

por vez primera indemnización complementaria en caso de despido improcedente (la cuantía del subsidio de desempleo dejado de percibir al ser despedida y no poder integrarse en el expediente de regulación temporal de empleo).

De lo incierto de este panorama (que hace recurrente, quizás en exceso, la crítica por inseguridad jurídica) daría cuenta, en el primer caso, la doctrina jurisprudencial precedente contraria a dar una aplicación directa al artículo 7 del [Convenio número 158 de la OIT](#) –viejo conocido en casación– y distinta a la que tiene a través de la carta de despido. En el segundo, apenas 10 días después, la propia sala catalana, con su [Sentencia 949/2023, de 10 de febrero](#), no solo rechaza la indemnización complementaria en los casos de despido improcedente, sino que considera tal posibilidad «un criterio interpretativo sin duda cuestionable» y urgido «de la actuación ordinaria de la casación por unificación de doctrina». Lamentablemente, a la vista de los últimos pronunciamientos del TS (por ejemplo, [STS 888/2022, de 2 de noviembre](#)), no parece muy dispuesto a dar el salto cualitativo debido en el ejercicio del juicio de convencionalidad, en especial respecto del [artículo 24 de la CSEr](#), si bien, al respecto, más determinante de lo pensado pudiera ser la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) de declarar no conforme a la CSEr nuestro sistema de indemnización tasada, en línea con lo establecido para el derecho francés, cuyo TS también se resiste a aplicar su doctrina, pese a ser vinculante (*vid.* [Decisión de fondo del CEDS de 5 de julio de 2022, Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France](#)).

9. «Cuando las barbas de tu vecino veas cortar...». Esta referencia a los reverses del derecho del trabajo del país vecino del norte respecto del sistema de la Carta Social Europea permite abrir la «caja de Pandora» sobre otros aspectos del derecho del trabajo español con contrastes análogos (por ejemplo, el tratamiento de las polémicas guardias de localización, que conoce un intenso contraste entre la doctrina del TJUE y la del CEDS), por lo que «cuando las barbas de tu vecino veas cortar...». Pero también el derecho de la Seguridad Social se ve afectado, en la medida en que el CEDS lleva años declarando la disconformidad de buena parte de nuestras prestaciones mínimas al [artículo 12 de la Carta Social Europea](#).

No es baladí recordar –merecerá un estudio detallado en el próximo número de la revista– que la previsión, contenida en el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de aumentar progresivamente las pensiones mínimas contributivas hasta el 60 % de la renta mediana trae causa del umbral de pensión mínima establecido por el CEDS. Se trata de un proceso de reformas que sigue una senda análoga a la seguida para el salario mínimo interprofesional (lo que, por cierto, obligará a la reforma del [art. 27 ET](#), no solo en virtud de la debida trasposición de la [Directiva 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre](#), sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea). Como

La previsión, contenida en el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de aumentar progresivamente las pensiones mínimas contributivas hasta el 60 % de la renta mediana trae causa del umbral de pensión mínima establecido por el CEDS

cada vez más relevante será seguir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el ámbito social, pese a crearse en la rama civil de los derechos humanos (por ejemplo, [Sentencia del TEDH, Sala 5.ª, de 26 de enero de 2023, caso Valverde Digón c. España](#), que abre interesantes expectativas de renovación del valor de los recursos de revisión de sentencias firmes, [como expone de forma precisa y detallada el abogado doctor Alberto Novoa Mendoza en su estudio incluido en este número](#)).

10. Hacia un sistema de justicia social digitalizado y escalable, con capacidad de respuesta ágil, pero humanizado y evolutivo según un principio de civilización jurídica social.

Los retos de la justicia social y de su sistema procesal, también extrajudicial, son muchos más y ameritan más atención, pero no hay más espacio aquí. En gran medida este número se dedica como monográfico a proponer ese debate y atisbar soluciones. Como recuerda el Informe 14 del Consejo Consultivo de la Judicatura Europea –tampoco libre del prejuicio tecnológico de la justicia–:

La justicia [más la de la rama social del derecho –añadimos nosotros–] es y debe seguir siendo humana, ya que trata ante todo de las personas y de sus litigios. Esto es especialmente cierto cuando se trata de valorar el comportamiento de las partes y de sus testigos, función de valoración jurisdiccional de la prueba personal que solo puede realizarse en audiencia por el juez competente.

En suma, no es el uso más o menos intensivo de la tecnología digital (que hoy ya resulta ineludible) lo que hace más humana o, en cambio, tecnicista la administración de justicia, sino la efectividad de la respuesta que se reciba en derecho sustantivo, con las debidas garantías procesales. Aunque, sea también dicho, tampoco debe desdeñarse la búsqueda, junto a una mayor educación cívica en la desjudicialización de la vida, en todas sus facetas, de sistemas más eficaces y eficientes de solución extrajudicial de los conflictos, a los que apela también un desatado proceso de «re-juridificación», que sigue un intenso proceso inflacionista legislativo, con la consiguiente devaluación. Este no solo abre nuevas fuentes de conflictos jurisdiccionales, sino que los hace más inciertos, por la escasa coherencia entre las diferentes leyes, las nuevas y las preexistentes, incluso entre las nuevas entre sí (lo sucedido con la desaparición de los derechos sociolaborales de las mujeres víctimas de violencia sexual es el colmo, pero no la única experiencia viciada), lo que, como es lógico, también suscitará hermenéuticas jurisdiccionales radicalmente opuestas (piénsese, por ejemplo, en la tan traída y llevada nulidad, o no, del despido en situación de incapacidad temporal –no aplican automáticamente la nulidad pese a la [Ley 15/2022 la STSJ de Asturias 2295/2022, de 15 de noviembre](#), ni la [Sentencia del Juzgado de lo Social \[SJS\] núm. 1 de Mieres de 14 de febrero de 2023, rec. 64/2023](#), que sigue aquel precedente; tampoco aplica la nulidad la [SJS núm. 1 de Vigo 64/2023, de 15 de febrero](#); sí otras como la [SJS núm. 1 de Cartagena de 18 de enero de 2023, rec. 702/2022](#)–).

En fin, ni que decir tiene que no hay justicia social sin que se respete el máximo estándar de seguridad jurídica posible en un mundo complejo. Pero tampoco habrá una seguridad jurídica coherente sin la debida justicia social equitativa (con la perspectiva de garantía de la diversidad y del sistema multinivel), pues la seguridad jurídica no puede ser solo para una de las partes del proceso, basado en la igualdad de armas procesales, sino para las dos. Un dilema, en todo caso, eterno, que ni la digitalización ni el desarrollo más preciso posible de la IA generativa podrá nunca desentrañar al margen de la acción humana, tan rigurosa como garantista, y en tiempo útil, por supuesto. Veremos qué nos aportan las nuevas leyes en tramitación, si llegan a ver la luz en esta legislatura, a tal fin.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). ¿«Nueva modernidad» para una jurisdicción social estancada?: retos en los entornos de una «sociedad digital del trabajo» y justicia «multinivel». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 5-22. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18793>

Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica

Fernando Salinas Molina

Exmagistrado de la Sala Social del Tribunal Supremo (España)
fsalmol@gmail.com

Extracto

La Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, aprobada por unanimidad por todos los grupos parlamentarios, tras cerca de 12 años de vigencia ha acreditado su fortaleza y ha dado respuesta adecuada a los principios que la motivaron; el fundamental el de la unificación competencial a favor del orden social de las materias laborales, sindicales, de seguridad social y de asistencia social, así como la unificación competencial plena en la materia de riesgos laborales.

La práctica judicial y la jurisprudencia han puesto de evidencia en estos años sus aciertos y sus posibles deficiencias.

Estas últimas deberían ser objeto de corrección, al igual que sería aconsejable introducir las reformas o cambios que ha puesto de relieve la experiencia, así como profundizar en los extremos que quedaron inacabados en la Ley de 2011.

Reflexionaremos sobre los que pudiéramos considerar como desafíos de la jurisdicción social respecto a los extremos que merecerían abordarse en futuras reformas orgánicas y procesales para lograr una precisa y eficaz delimitación competencial y lograr que la jurisdicción social pueda cumplir íntegramente su función conforme a lo previsto en la Constitución y en los tratados y acuerdos de la Unión Europea e internacionales suscritos por España.

Palabras clave: jurisdicción social; proceso laboral; competencia de jurisdicción; prueba; procesos especiales; ejecución de sentencia; recursos.

Recibido: 15-03-2023 / Aceptado: 28-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 12-04-2023

Cómo citar: Salinas Molina, F. (2023). Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 23-53. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18729>



Overview of the challenges facing the social jurisdiction: proposals for law reform based on critical practical experience

Fernando Salinas Molina

Exmagistrado de la Sala Social del Tribunal Supremo (España)
fsalmol@gmail.com

Abstract

Law 36/2011, regulating the social jurisdiction, approved unanimously by all parliamentary groups, after nearly 12 years of validity has proven its strength and has given an adequate response to the principles that motivated it; the fundamental one that of the unification of competences in favor of the social order of labor, union, social security and social assistance matters, as well as the full unification of competence in the field of occupational risks.

Judicial practice and jurisprudence have revealed in recent years its successes and possible shortcomings.

The latter should be corrected, just as it would be advisable to introduce the reforms or changes highlighted by experience, as well as to deepen the points that were left unfinished in the 2011 Law.

We will reflect on what we could consider as challenges of the social jurisdiction with respect to the extremes that deserve to be addressed in future organic and procedural reforms to achieve a precise and effective delimitation of competence and ensure that the social jurisdiction can fully fulfill its function in accordance with the provisions of the Constitution and the treaties and agreements of the European Union and international signed by Spain.

Keywords: social jurisdiction; labour proceeding; jurisdiction of jurisdiction; evidence; special proceedings; enforcement of judgment; appeals.

Received: 15-03-2023 / Accepted: 28-03-2023 / Published (online preview): 12-04-2023

Citation: Salinas Molina, F. (2023). Overview of the challenges facing the social jurisdiction: proposals for law reform based on critical practical experience. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 23-53. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18729>



Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Valoración crítica de la Ley reguladora de la jurisdicción social
 - 1.2. Proyectadas reformas normativas en trámite afectantes, directa o indirectamente, a la LRJS
 - 1.3. Situación actual de la jurisdicción social y sus desafíos
 2. Del ejercicio de la potestad jurisdiccional
 3. De las partes procesales
 4. De la acumulación de acciones, procesos y recursos
 5. De los actos procesales
 6. De la evitación del proceso: una cuestión siempre urgida de revisión para su promoción
 7. De los principios del proceso y de los deberes procesales
 8. Del proceso ordinario
 9. De las modalidades procesales
 10. De los medios de impugnación
 11. De la ejecución de sentencias
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

1.1. Valoración crítica de la Ley reguladora de la jurisdicción social

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (Boletín Oficial del Estado –BOE– de 11 de octubre de 2011; en vigor desde el 11 de diciembre de 2011), aprobada por unanimidad por todos los grupos parlamentarios, tras cerca de 12 años de vigencia ha acreditado su fortaleza y ha dado respuesta adecuada a los principios que la motivaron; el fundamental el de la unificación competencial a favor del orden social de las materias laborales, sindicales, de seguridad social y de asistencia social, así como la unificación competencial plena en la materia de riesgos laborales; evitando especialmente la intolerable disgregación competencial (entre los órdenes social, civil y contencioso-administrativo) en las cuestiones afectantes a los accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales.

Las reformas posteriores a su redacción inicial han mantenido, en esencia, sus principios, salvo las derivadas de la normativa de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (RDL 3/2012 y Ley 3/2012). Las referidas normas, dejando aparte su contenido sustantivo, en el ámbito procesal y en temas como el del despido colectivo, alteraron, criticablemente, la distribución competencial entre los órganos de instancia, los tribunales superiores de justicia y el Tribunal Supremo (TS), convirtiendo de hecho a este último en una sala de suplicación obviando su función propia de unificación doctrinal.

Por su ruptura del principio de unificación competencial y el regreso al «peregrinaje de jurisdicciones» es igualmente criticable la pretendida reforma ex Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, pretendiendo excluir del orden social el conocimiento de «[l]os actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo». Afortunadamente, aunque por motivos formales (inclusión en una ley presupuestaria), esta norma ha sido declarada inconstitucional y anulada en Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 145/2022, de 15 de noviembre.

La práctica judicial y la jurisprudencia (social, de la Sala de Conflictos de Competencia del TS y del TC) han puesto de evidencia en estos años sus aciertos y sus posibles deficiencias.

Estas últimas deberían ser objeto de corrección, al igual que sería aconsejable introducir las reformas o cambios que ha puesto de relieve la experiencia, así como profundizar en los extremos que quedaron inacabados en la Ley de 2011, en especial en materia de unificación competencial y de reforzamiento de los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva; pero conservando los principios básicos de la jurisdicción social reflejados en la vigente LRJS.

1.2. Proyectadas reformas normativas en trámite afectantes, directa o indirectamente, a la LRJS

Ante las Cortes Generales se encuentran actualmente en trámite proyectos legislativos que pueden afectar directa o indirectamente a la LRJS¹, en especial:

- El proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (PLMEP) (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados –BOCG-CD– de 22 de abril de 2022 y enmiendas BOCG-CD de 3 de febrero de 2023), en el que, esencialmente, se contemplan concretas y diversas modificaciones de la LRJS, algunas de ellas trascendentes (competencia sobre litigios ley de dependencia, procedimiento testigo, procedimiento monitorio o extensión de efectos de sentencias firmes), y de otras normas que indirectamente afectan al proceso social por remisión directa o por supletoriedad (las proyectadas en la Ley de enjuiciamiento civil –LEC–, la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –LRJCA– y en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia), las que lógicamente no abordan todos los temas que deseablemente deberían ser objeto de reforma o cambio en el proceso social.
- El proyecto de Ley orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, del Poder Judicial, para la implantación de los tribunales de instancia y las oficinas de justicia en los municipios (BOCG de 22 de abril de 2022)².

¹ Sobre este extremo, Nuez Rivera (2021) y Escourido Pérez-Sindín (2021).

² Conforme a la exposición de motivos:

[...] la presente ley afronta la transformación de los juzgados en tribunales de instancia, con el apoyo de unas oficinas judiciales que hoy se redefinen y reestructuran en unidades procesales de tramitación y en servicios comunes. El establecimiento de los tribunales de instancia simplifica el acceso a la justicia. Existirá un único tribunal asistido por una única organización que le dará soporte, la oficina judicial, y no existirán ya juzgados con su propia forma de funcionamiento. Esta organización judicial y los mecanismos de interrelación que la ley establece entre el tribunal de instancia y la oficina judicial que le presta apoyo permitirán la corrección de las disfunciones derivadas de las diferentes formas de proceder en aspectos puramente organizativos y procedimentales.

- El proyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de justicia (BOCG-CD de 12 de septiembre de 2022), con incidencia directa (al modificar en su disp. final sexta los arts. 18.1, 19.2, 62, 85.8 y 9, 89.1 y 2 y 143.1 LRJS) en temas como: el registro electrónico de apoderamientos *apud acta*; la remisión de oficios, mandamientos, exhortos y cualesquiera otros actos de comunicación por el letrado o letrada de la Administración de Justicia de forma electrónica; la documentación mediante grabación de las actuaciones orales; el uso de la firma electrónica u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca garantías; el expediente judicial electrónico; o la presentación de documentos en el curso de actos judiciales o procesales celebrados por videoconferencia.

1.3. Situación actual de la jurisdicción social y sus desafíos

En cualquier caso, y como cuestión previa, debe advertirse que la eficacia de las normas orgánicas y procesales afectantes al proceso social necesita del presupuesto esencial de que los órganos de la jurisdicción social funcionen adecuadamente, lo que hoy en día evidentemente no acontece. Con urgencia, el Estado debe asumir plenamente su responsabilidad en la dotación, organización, eficiencia y calidad de los medios precisos para el pleno desarrollo del derecho a la justicia.

Partiendo de la situación expuesta, reflexionaremos en términos generales, siguiendo el esquema de contenidos existente en la vigente LRJS, sobre los que pudiéramos considerar como desafíos de la jurisdicción social respecto a los extremos que merecerían abordarse en futuras reformas orgánicas y procesales para lograr una precisa y eficaz delimitación competencial y lograr que la jurisdicción social pueda cumplir íntegramente su función conforme a lo previsto en la Constitución (CE) y en los tratados y acuerdos de la Unión Europea e internacionales suscritos por España (en especial, arts. 9.2 y 3, 24.1 y 2, 117.1 y 3, 118, 120.3 y 121 CE; arts. 6 y 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts. 47 a 50 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)³.

2. Del ejercicio de la potestad jurisdiccional

En relación con alguno de los temas contenidos bajo el epígrafe «Del ejercicio de la potestad jurisdiccional» (arts. 1 a 15 LRJS), podemos reflexionar sobre algunos extremos.

³ Algunas de las observaciones que ahora propongo se reflejaron, con relación al anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP), en Salinas Molina (2021a), complaciéndome observar que la inmensa mayoría de tales reflexiones se comparten en el posterior «Informe sobre el ALMEP», emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha 22 de julio de 2021. Otras observaciones en Salinas Molina (2021b).

Desde luego, en la siempre conflictiva delimitación de fronteras de la competencia de jurisdicción del orden social en relación con el resto, en especial el contencioso-administrativo, también el civil, sobre todo con respecto a los juzgados de lo mercantil. Justamente, en materia de unificación competencial a favor del orden social de todas las materias configurables como sociales (laborales –individuales y colectivas–, riesgos laborales, sindicales, seguridad y asistencia sociales) quedaron pendientes diversos temas cuyo traspaso al orden jurisdiccional social no se logró plenamente. En otros supuestos, aunque la finalidad legislativa pretendía su plena integración, ha resultado que en su interpretación jurisprudencial se ha venido sustentado un criterio restrictivo de la competencia del orden social; en muchas ocasiones manteniéndose una mentalidad disgregadora clásica al buscarse resquicios legales para no asumir el cambio jurisdiccional, en especial cuando la cuestión afectaba a las Administraciones públicas, adoptando criterios expansivos en favor del orden contencioso-administrativo.

Las cuestiones competenciales sobre las que sería deseable abordar reformas eficaces en una futura e inmediata reforma legislativa deben ser, entre otras, las siguientes:

2.1. La especialización del orden social como una jurisdicción del empleo público, con independencia del carácter laboral, estatutario o funcionarial de los diversos empleados e independientemente del carácter separado o conjunto de los litigios suscitados. La normativa cada vez más uniforme tanto a nivel estatal como a nivel de la Unión Europea aconsejaría la unificación competencial, como enseñan claramente múltiples sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en muy diversos temas.

Por otro lado, y como mínimo, cabe recordar que para evitar la disgregación competencial en determinadas materias el legislador de 2011 optó por atribuir al orden contencioso-administrativo las cuestiones conjuntas al personal laboral, al funcionarial y/o estatutario en las materias de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas (arts. 2 f) y 3 c) LRJS), en las cuestiones afectantes a la impugnación de convenios colectivos, de acuerdos y de laudos arbitrales, así como sobre la composición de las mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral (arts. 2 h) y 3 e) LRJS); con incidencia en las derivadas modalidades procesales, en especial en el proceso de conflicto colectivo (arts. 153 a 162 LRJS), en la de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 a 166 LRJS) y en la de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184 LRJS).

Por lo que, entiendo debería atribuirse al orden social el conocimiento de las referidas cuestiones, eliminado el clásico recelo de las Administraciones públicas y sus organismos de defensa a acudir al orden social y preferir el contencioso-administrativo. A pesar incluso de que la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (art. 13), no excluía la unificación competencial en las materias que regulaba y que esa interpretación conjunta a favor

del orden social en materia de tutela de libertad sindical se había sustentado por la jurisprudencia social previa a la LRJS, aunque afectara a personal funcional o estatutario⁴.

La única materia en la que se logró la plena unificación competencial a favor del orden social, aunque afectara a personal laboral, estatutario o funcional, o personas trabajadoras autónomas, fue la relativa a la prevención de riesgos laborales (art. 2 e) LRJS). El cambio legal no fue fácilmente aceptado, inicialmente, por el orden contencioso, incluso hubo dudas dentro del propio orden social. Pero, finalmente, se ha pacificado el designio legislativo, respetado tanto por la jurisprudencia social como por la contencioso-administrativa.

La disgregación competencial se sigue fomentando, desafortunadamente, por la propia Administración pública. Esta sigue prefiriendo la jurisdicción contencioso-administrativa incluso para temas que afectan únicamente al personal laboral –como hemos visto efectuó sin motivación alguna la Ley de presupuestos generales del Estado para 2022 (anulada ex STC 145/2022), pero, a pesar de ello, resulta que entre las enmiendas presentadas por el grupo socialista (núm. 624) al PLMEP se sigue insistiendo, con errónea invocación de doctrina jurisprudencial ya superada⁵ y con escasa fundamentación, en dicho criterio competencial excluyente del orden social justificándolo ante los actuales «procedimientos de oferta de empleo público que se están promoviendo»⁶–.

Como se ha destacado doctrinalmente:

De forma paradójica [...] la protección jurisdiccional del personal al servicio de las Administraciones públicas está llena de salvedades y cortapisas de modo que,

⁴ Entre otras, Sentencias del TS (SSTS) de 30 de noviembre de 1998 (rec. 150/1998) y 3 de febrero de 2010 (rec. 128/2008); por lo que, tras la entrada en vigor de la LRJS, la Sala IV se vio obligada a cambiar su doctrina, como se plasmó, entre otras, en la STS de 10 de enero de 2018 (rec. 46/2017).

⁵ La Sala IV del TS, aplicando la normativa resultante de la LRJS, estableció que los actos próximos, preparatorios y previos a la relación de trabajo son también competencia del orden social. En esta línea, la STS (Pleno) de 11 de junio de 2019 (rec. 132/2018) declara la competencia del orden social para la interpretación y modificación de una base de la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso de personal laboral de la Administración del Principado de Asturias en turno de acceso libre y de promoción interna.

⁶ Enmienda número 625 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS):

De este modo, se da respuesta a una situación de silencio legal, confirmando el criterio tradicional de competencia entre jurisdicciones entendiendo que corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones dirigidas frente al proceso administrativo de selección y el acto de designación del trabajador y a la jurisdicción social el de los litigios que surjan en la dinámica del contrato de trabajo nacido a consecuencia de aquella selección y designación. Es una reforma de gran calado que afecta a este tipo de procesos selectivos, especialmente en relación con los procedimientos de oferta de empleo público que se están promoviendo. Manteniendo además un criterio uniforme en la valoración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

muy lejos de ser una frontera aproximadamente lineal, se parece más al contorno geográfico de las rías gallegas. El fundamento de esas variables contenidas materiales de la jurisdicción en parte quiere tener su explicación en las diferentes categorías de personal existentes en el conjunto del empleo público. Pero el resultado es que la protección se dispense desde distintos órdenes jurisdiccionales, generando una especie de galimatías que lleva a un peregrinaje de aquellas personas que quieran reivindicar sus derechos por diversas jurisdicciones, haciendo ineficaz justamente una de las motivaciones básicas de la reforma procesal del 2011 (Folguera Crespo, 2021).

2.2. Aunque con una factible interpretación jurisprudencial existiría base en el artículo 2 b) de la LRJS para entender que el orden social es competente para conocer de las acciones de los trabajadores contra los administradores societarios por deudas sociales, podría ser aconsejable una atribución expresa competencial, dada la reiterada jurisprudencia contraria no modificada tras la entrada en vigor de la LRJS (entre otras, STS de 8 de mayo de 2002, rec. 3079/2001); lo que no resultaría contradictorio con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2017 (asunto C-243/16), que se limita a declarar que la normativa de la Unión Europea no impone tal solución competencial.

2.3. De nuevo, entiendo, debería reflexionarse –como ya se puso de relieve en votos particulares emitidos en el informe del Consejo Económico y Social al texto procesal de 2011, y una vez atribuido al orden social el conocimiento de la impugnación de los actos administrativos en materia social que no tengan el carácter de disposiciones generales, y aun concurriendo intereses estrictamente laborales con intereses de la comunidad– sobre la posible atribución al orden social de la competencia para conocer de la impugnación «[d] e las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin» (art. 3 d) LRJS); como se viene defendiendo también por un sector doctrinal⁷.

El escenario actual, en todo caso, no es asumible en términos de coherencia jurídica y efectividad de la tutela judicial. Comprobamos cómo se pueden dictar sentencias contradictorias en alguna de las múltiples cuestiones que pueden plantearse en una situación de

⁷ En este sentido, Agustí Juliá (2021) afirma que:

[...] se trata ya de una vieja, por lo antigua, aspiración del iuslaboralismo, que comparto totalmente [...]. El mismo art. 3 d) LRJS [...] se encarga de destacar que la exclusión lo es «sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto-Ley 17/1977 [...]».

huelga. Pero, además, en cualquier caso, si la jurisdicción social es garante del derecho fundamental de huelga y tiene atribuido el control y fiscalización de los actos administrativos de las Administraciones públicas en materia laboral y sindical, no se entiende su exclusión del conocimiento de las disposiciones sobre servicios mínimos de la comunidad durante una huelga, no siendo suficiente, en mi opinión, para justificar dicha exclusión, la concurrencia de intereses de la comunidad, además de los intereses propios de las personas huelguistas. Parece, más bien, que seguimos estando ante el tradicional recelo del poder público respecto de la jurisdicción social.

2.4. El reforzamiento de la plena competencia del orden social en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 2 b) y 3 b) LRJS), proclamada firmemente en la STS (Pleno, con votos particulares) de 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018), afirmando que la LRJS ha constituido al orden jurisdiccional social en el orden especializado, de manera realmente exclusiva y excluyente, para el conocimiento unificado de las materias afectantes a riesgos laborales en sentido amplio, directamente o por conexión y con amplia afectación de colectivos que no siempre pueden ser calificados de personas trabajadoras y/o empleadoras en sentido técnico.

Con tal reforzamiento se podrían evitar las disgregaciones competenciales generadas por una cuestionable jurisprudencia cuando incide en temas afectantes a personal funcional o estatutario en relación con los derechos fundamentales, en especial en temas de acoso (entre otras, la criticable STS de 17 de mayo de 2018, rec. 3598/2016), o con los delegados de prevención y los Comités de Seguridad y Salud (entre otros, el criticable Auto del TS, Sala Especial, de 29 de mayo de 2018, conflicto 4/2018) o mezclando los actos que la Administración pública efectúa como empleadora con los actos que realiza en el ejercicio de sus potestades y funciones administrativas (Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2019, autos 251/2017; sentencia que loablemente fue casada y anulada por el TS en Sentencia de Pleno de fecha 29 de septiembre de 2021, rec. 3/2020)⁸.

Existe, afortunadamente, otra importante doctrina, que entiendo más ajustada a la finalidad legislativa en materia de prevención de riesgos laborales, como es la contenida, entre otras, en la STS de 11 de octubre de 2018 (rec. 2605/2016); o la proclamada por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS en su Auto de fecha 6 de mayo de 2019 (núm. 22/2018):

[...] la nueva perspectiva introducida por la LRJS, que racionaliza la competencia en el ámbito de las relaciones laborales, permite afirmar que compete a la jurisdicción social cualquier impugnación frente a la actuación de las Administraciones públicas en materia de prevención de riesgos laborales, aunque el afectado sea un funcionario público, según el art. 2 e) LRJS [...];

⁸ Vid. STS de 29 de septiembre de 2021 (rec. 3/2020).

o incluso la contenida en las SSTs (Pleno) de 17 de febrero de 2021 (rec. 129/2020) y 18 de febrero de 2021 (rec. 105/2020)⁹, que parecen rectificar la doctrina precedente al permitir acudir al proceso de tutela de derechos fundamentales en materia de prevención de riesgos laborales afectante al personal funcionarial o estatutario.

Igualmente pudiera reflexionarse sobre si la exclusión competencial respecto al orden social contenida en el artículo 3 b) de la LRJS sobre determinados temas afectantes a la prevención de riesgos debería ser suprimida («cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con este las actividades preventivas de riesgos laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención»), asumiendo también la plena competencia sobre tales extremos el orden social.

Siendo dable, además, modificar diversos preceptos de la LRJS para reformar las cuestiones afectantes a la prevención de riesgos laborales, como la adopción de medidas cautelares (art. 79 LRJS), la intervención activa de la Inspección de Trabajo (art. 95.5 LRJS) y del Ministerio Fiscal (art. 17.4 LRJS), ampliar el requerimiento de presentación de documentos al de cobertura de riesgos (art. 142.1 LRJS) o incluir en el proceso de oficio el supuesto de cualquier vulneración de un derecho fundamental de la persona trabajadora por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales (art. 152.2 LRJS)¹⁰.

Debe insistirse en la necesaria promulgación de una «ley integral de seguridad y salud en el trabajo» y en la especialización de juzgados en esta materia¹¹, pues el articular todos los medios e instrumentos con tal fin no puede realizarse eficazmente mediante normas dispersas y con numerosas insuficiencias en muchos ámbitos.

2.5. En la exposición de motivos se afirmaba como una de las finalidades esenciales de la LRJS que la jurisdicción social quedara configurada «como el juez natural de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social». Para alcanzar con plenitud tal finalidad, entiendo, debería:

- Reforzarse la competencia en materia de seguridad social, dejando sin efecto el privilegio de la exclusión de la impugnación de los actos de la Tesorería General de

⁹ La STS de 18 de febrero de 2021 trae causa de la demanda de tutela de derechos fundamentales presentada por el sindicato ESAN, en que solicitaba que el Gobierno Vasco suministrara a la Ertzaintza medios de protección frente a la COVID-19, test de coronavirus y desinfección diaria de centros y vehículos, que fue estimada en parte, tras desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción.

¹⁰ En este sentido, García Alarcón (2021).

¹¹ Propuesta ex artículo 10 e) del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (en vigor en España el 25 de mayo de 2023) en relación con el punto 16 a) de la Recomendación número 206 de la OIT.

la Seguridad Social distintos de la estricta «gestión recaudatoria» (art. 3 f) LRJS); de los que en periodos anteriores ya había conocido sin problemas el orden social. Importante ha sido la atribución competencial al orden social sobre el denominado «ingreso mínimo vital», que se configura como formando parte «de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva» (arts. 2.1, 17 y 25 RDL 20/2020, de 29 de mayo, y derivada Ley 18/2021, de 20 de diciembre, por el que se establece el ingreso mínimo vital).

- Atribuir ya la competencia al orden social sobre «las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», cuya inclusión y derivada articulación estaba prevista plenamente en el artículo 1 o) de la LRJS, pero que los ulteriores Gobiernos no se atrevieron a establecer, al no haber remitido el correspondiente proyecto a las Cortes Generales para fijar la fecha de su entrada en vigor y para la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias (disp. final séptima.2 LRJS), sin necesidad de tener que efectuar reformas en el texto procesal, pues estaba preparado para asumir plenamente esa competencia que se eliminó temporalmente en la última fase del «iter» normativo. Inclusión que, afortunadamente, ya se pretende efectuar en el PLMEP.
- Asignar, como regla, la competencia al orden social en todas las materias relativas a asistencia y protección social públicas, por su normal vinculación a las prestaciones de Seguridad Social y a la finalidad de lograr la asistencia y prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad (ex art. 41 CE), excluyendo la excepción competencial contenida en el último párrafo del artículo 3 f) de la LRJS («[...] así como de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2»).

La Ley 18/2021, de 20 de diciembre, sobre ingreso mínimo vital, en su disposición final novena, modificó, como es sabido, el artículo 2 o) de la LRJS ampliando las competencias del orden social en materia de protección social.

- Atribuir expresamente al orden social las cuestiones litigiosas derivadas de la aplicación del régimen a extinguir de clases pasivas. Se trata de un régimen especial de Seguridad Social que ha devenido residual desde el 1 de enero de 2011, fecha a partir de la cual el personal funcional de nuevo ingreso que hasta entonces venía quedando incluido en el ámbito de aplicación de aquel régimen especial pasa a estarlo en el régimen general de la Seguridad Social (cuya gestión corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–) (art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre). El personal estatutario y funcional de las comunidades autónomas y de las entidades locales siempre ha estado incluido en el régimen general de la Seguridad Social. Tácitamente, el cambio de gestión del régimen de clases pasivas trasladándolo de determinados departamentos ministeriales (Hacienda

y Defensa) al INSS proyectado en el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, podría haber comportado tal cambio competencial en favor del orden social; no obstante, en estos extremos, el citado real decreto-ley ha sido declarado inconstitucional por no concurrir razones de urgencia por la STC (Pleno) 111/2021, de 13 de mayo, aunque da margen al legislador para que tal cambio pudiera efectuarse por el trámite legislativo ordinario. En consecuencia, sería deseable que la futura norma de modificación organizativa en la gestión del régimen de clases pasivas del Estado asignándola al INSS contuviera una norma expresa de atribución competencial sobre los derivados litigios a favor del orden jurisdiccional social.

- Aunque cuantitativamente menos trascendente, en aras de la especialización del orden social en materia de seguridad social, debería también reflexionarse sobre la supresión del «privilegio» de exclusión del orden social para el conocimiento de los litigios entre las personas asociadas y las mutualidades cuando estas últimas están establecidas por los colegios profesionales (art. 2 r) LRJS), de los que ahora conoce el orden civil.
- Devolver, aunque suponga modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial (art. 9.4), las competencias al orden social en materias de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria (art. 3 g) LRJS: «[...] por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad»).

2.6. Ante los numerosos conflictos derivados de la interrelación de competencias entre el juzgado social y del concurso (art. 3 h) LRJS), entre otros muchos, en temas como los relativos a la determinación de la jurisdicción competente para determinar la existencia de un grupo de empresas¹² –los que tampoco puede resolver, dado su rango normativo, el RDleg. 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley concursal–, proponemos una remodelación de la distribución competencial. Así, los aspectos declarativos en materia social corresponderían al orden social en coordinación necesaria con quien conoce del concurso, los aspectos propios de la ejecución universal deben seguir siendo competencia del órgano judicial concursal. En todo caso, no parece que sea este el designio legal actual, como se ha evidenciado con la sustracción al orden social de la jurisdicción de la competencia en materia de sucesión de empresa en los contextos concursales (Molina Navarrete, 2022, pp. 103 y ss.; Palomo Balda, 2022).

¹² Sobre los conflictos entre jurisdicciones que plantea la actual normativa –la que va progresivamente extendiendo la competencia de los órganos mercantiles–, en especial sobre los grupos de empresa, destaca el estudio de Segoviano Astaburuaga (2021).

2.7. En temas de competencia procesal, en especial de las Salas de lo Social de los tribunales superiores de justicia, de la Audiencia Nacional y/o del TS (arts. 7, 8 y 9 LRJS), debería revisarse la asignación competencial para conocer en instancia de los despidos colectivos y con referencia expresa diferenciada a los diversos sujetos legitimados para su impugnación y regulando la interrelación de las posibles diversas impugnaciones, así como sobre la desfiguración de la función unificadora de la Sala de lo Social del TS convertida en gran parte a consecuencia de las diversas modificaciones derivadas de la reforma del año 2012 (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) en una especie de tribunal de suplicación contra las referidas resoluciones de instancia.

2.8. Por supuesto, habría que potenciar en el ámbito de la OIT la constitución de un Tribunal Social Internacional con decisiones ejecutivas para controlar las relaciones de trabajo en el seno de las empresas multinacionales y para impedir la inmunidad legal de estas. De este modo, nos encontraríamos más claramente situados en un sistema de protección multinivel de los derechos sociales fundamentales y humanos, como viene proponiendo la doctrina científica (Ferrajoli, 2004; Valdés Dal-Ré, 2016).

3. De las partes procesales

Del título II del libro I, relativo a las partes procesales (arts. 16 a 24 LRJS; Martín Rodríguez y Megino Fernández, 2022), como extremos susceptibles de modificación y/o ampliación, creemos que debería hacerse una significativa revisión de algunas de estas cuestiones:

3.1. El real acceso de las personas más necesitadas a la justicia social (por desconocimiento de sus derechos, modo de defenderlos y/o problemas idiomáticos). No cabe duda de que la citada atribución de competencias en materia de prestaciones de pobreza, como el ingreso mínimo vital, exige cambios de relieve. A tal fin, es obligado articular nuevos instrumentos para que: 1) obtengan gratuitamente un previo asesoramiento técnico posibilitando su acceso informado a la «justicia»; 2) disfruten de una más eficaz y especializada justicia gratuita, mejorando la defensa y el asesoramiento de oficio.

3.2. Es hora de abandonar el viejo principio de que la defensa por postulación procesal y la representación técnica por persona graduada social sea «facultativo» en la instancia (ex art. 21.1 LRJS). Es innegable el carácter cada vez más complejo de los litigios laborales y la mayor extensión competencial del orden social, así como en defensa del principio de igualdad de las partes en el proceso.

3.3. La exigencia de un papel más activo del Ministerio Fiscal en el proceso social –además de hacer realmente efectiva su intervención en litigios vinculados con la vulneración de

derechos fundamentales y de libertades públicas (arts. 177.3, 178.2, 180.5 y 240.4 LRJS)–, especialmente en temas que afecten a esclavitud, trabajo digno y siniestralidad laboral.

Este planteamiento se propugna por la Fiscalía de Sala de Siniestralidad Laboral, argumentando que:

También se ha considerado la ampliación del ámbito de intervención del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, en aquellos casos en los que están en juego derechos que, aunque ejercidos por particulares, afectan a la vida, a la seguridad, salud y condiciones de empleo de las personas trabajadoras.

Se plantea la específica legitimación del Ministerio Fiscal (art. 17.4 LRJS) en los procesos por accidente de trabajo o enfermedad profesional en los que se demande recargo de prestaciones o indemnización de daños y perjuicios, así como en los litigios sobre sanciones administrativas impuestas al amparo de lo que establecen determinados apartados de los artículos 8 y 13 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

3.4. Igualmente, a modo de anticipos –lo que en el texto procesal social podría articularse a semejanza de los regulados para las prestaciones a cargo del Fondo de Garantía Salarial y/o para los anticipos reintegrables–, por la Fiscalía de Sala de Siniestralidad Laboral se pretende promover una iniciativa legislativa para posibilitar que las víctimas de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales puedan percibir un adelanto de las indemnizaciones que pudieran corresponder por el siniestro del que han sido víctimas, mediante la intervención del Consorcio de Compensación de Seguros, modificando a tal efecto el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (RDL 7/2004, de 29 de octubre).

4. De la acumulación de acciones, procesos y recursos

Con carácter general, en materia de acumulación de acciones, procesos y recursos (arts. 25 a 41 LRJS), las posibles reformas legislativas deberían estar inspiradas en los principios de seguridad jurídica y de economía procesal (resolución y tramitación conjunta de asuntos análogos y resolución única evitando pronunciamientos contradictorios).

La mayor parte de los litigios derivados de las diversas materias objeto del amplio conocimiento del orden social no afectan exclusivamente a personas concretas, sino a un importante número de personas sometidas a análogas condiciones laborales, de prevención de riesgos, sindicales, de seguridad social o de asistencia social (actos masa).

Las leyes procesales deben abordar la realidad de los actos masa (grandes cadenas de actos iguales aislados), dándoles una respuesta conjunta que se extienda a todos los afectados, incluso sin necesidad de haber litigado.

Deben articularse fórmulas para lograr una uniformidad en la respuesta judicial (entre otras, a través de diversas modalidades procesales –conflictos colectivos, impugnación convenios colectivos, pleito testigo, recursos testigo, extensión de efectos–, acumulaciones, litispendencia, cosa juzgada) y en el tiempo más breve posible para evitar ulteriores litigios.

La actual normativa sobre acumulaciones arrastra normas clásicas contenidas en los precedentes textos procesales, por lo que, sin perjuicio de su loable finalidad en aras de lograr una respuesta judicial unitaria especialmente en temas de accidente de trabajo y de enfermedades profesionales, es compleja, reiterativa y deja amplios márgenes para que los órganos judiciales puedan optar por el sistema más fácil del litigio individual repetitivo y no apuesten por el litigio plural acumulado, lo que origina, especialmente en los territorios con diversos órganos judiciales de instancia, respuestas judiciales diversas ante situaciones análogas, generando multiplicidad de recursos repetitivos con las derivadas dilaciones e inseguridad jurídica; lo que debe ser objeto de especial atención y control mediante los instrumentos jurídicos adecuados.

5. De los actos procesales

En este epígrafe relativo a los actos procesales (arts. 42 a 62 LRJS) podrían ser objeto de reflexión para una posible reforma procesal social, entre otras, las cuestiones tendentes a:

5.1. Facilitar realmente la oralidad en el dictado de todo tipo de resoluciones judiciales en juicios y comparencias, sin necesidad de redactar posteriormente por escrito la decisión adoptada; limitándose, como máximo, la notificación a las partes a la entrega documentada de la parte dispositiva y de la advertencia de recursos, más la entrega del soporte audiovisual.

Deberían articularse fórmulas para documentar la sentencia dictada oralmente (ya con constancia en la grabación del juicio) no necesariamente a través de la redacción escrita por parte del órgano que la dictó, lo que desmotivará la utilización de esta fórmula; igualmente, debería posibilitarse la sentencia oral, aunque no acuda la parte demandada debidamente citada, con lo que tendrían cabida en esta fórmula los frecuentes supuestos de sentencias con demandado presumiblemente confeso ex artículo 91.2 de la LRJS.

El sistema actual, al igual que el proyectado en el PLMEP¹³, mantiene la exigencia del redactado ulterior de la sentencia, aunque sea sintéticamente, con lo que, entiendo, no se resuelve el problema y no logra la finalidad de agilización sin merma de garantías, al originar

¹³ Analizado por Escourido Pérez-Sindín (2021).

más trabajo para el órgano judicial y más dilaciones para la oficina judicial, para las personas que integran los colectivos de profesionales jurídicos y para las partes que en una mañana con diversos señalamientos pueden estar esperando horas para obtener la sentencia, salvo que posteriormente se les notifique, con lo que no se logra evitar trámites, con la única ventaja de que ya conozcan el contenido de la resolución.

5.2. Sin duda hay que revisar si la posibilidad de oralidad en el dictado de resoluciones judiciales debería o no extenderse a los supuestos en los que se ejerciten acciones por vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, al exigir la jurisprudencia constitucional una motivación «reforzada», lo que comporta, como regla, mayor complejidad (entre otras, STC 113/2021, de 31 de mayo).

5.3. A tales fines se propone:

- Que únicamente se documente por escrito el fallo con las advertencias de recurso. El problema posterior será a efectos del posible recurso contra la sentencia, pero las partes y las salas de suplicación tendrán, en su caso, que adaptarse a que los hechos probados y los fundamentos jurídicos están en la grabación del juicio, salvo que existan programas informáticos que posibiliten la traslación sin una intervención manual por la oficina judicial.
- Que la notificación a las partes, presentes o ausentes, se efectúe exclusivamente mediante la documentación del fallo y advertencia de recursos, quedando a su disposición el soporte audiovisual que haya registrado el juicio o el acceso al mismo, sin que ello comporte dilación de plazos.

5.4. A mi entender, hay que determinar las garantías de las notificaciones personales evitando exigencias que sean de utilización difícil y facilitando su subsanación. En el PLMEP no se contempla reformar el artículo 56.3 de la LRJS («3. En el documento de acuse de recibo se hará constar la fecha de la entrega, y será firmado por el empleado de Correos y el receptor. En el caso de que este no fuera el interesado se consignará su nombre, documento de identificación, domicilio y su relación con el destinatario»). La referencia a la «relación con el destinatario» es una importante garantía, pero en la práctica los servicios de correos no suelen consignarla y la jurisprudencia social está siendo muy garantista cuando se denuncia ese defecto y no posibilitando una ulterior subsanación, habiendo declarado que los defectos en la notificación, por no acreditarse la persona que la recibió ni su relación con la demandada, comportan su nulidad (STS de 21 de febrero de 2018, rec. 920/2016). Deberían buscarse fórmulas para que la normativa de los servicios de correos y la de los acuses de recibo consignaran tal referencia, aunque fuera la de mera vecindad, con lo que permitiría una cierta flexibilidad susceptible de comprobación ulterior.

6. De la evitación del proceso: una cuestión siempre urgente de revisión para su promoción

Qué duda cabe de que aquí asistimos a cambios inquietantes. La justicia social es cada vez más lenta y, en consecuencia, la búsqueda de alternativas extrajudiciales parece más perentoria, además de que el principio de autotutela mediante formas autónomas de solución de conflictos, no solo colectivos, es inherente a las relaciones laborales (Granados Romera y González de Patto, 2020). Por eso, en materia de evitación del proceso (arts. 63 a 73 LRJS), entre otros aspectos, debe abrirse, en lo que concierne estrictamente al ámbito jurisdiccional, un intenso y operativo debate sobre:

6.1. La potenciación de la conciliación y de la mediación, no solo como instrumentos que pueden rebajar la litigiosidad, sino especialmente como herramientas para la construcción de una justicia que cuente con la participación de las personas interesadas, propiciando la resolución pactada de sus propios conflictos y estableciéndose las salvaguardas convenientes según la naturaleza de los conflictos a dirimir.

Habiéndose destacado doctrinalmente sus ventajas en el ámbito social, donde las relaciones laborales se mantienen en un tracto de tiempo continuado y, en muchos casos, extenso, por lo que es necesario mantener un clima de trabajo adecuado para ambas partes, en el que se logre una prestación de servicios relajada en función de las necesidades, derechos y obligaciones de las personas trabajadoras y empleadoras¹⁴.

6.2. Flexibilización y/o ampliación de los instrumentos negociadores colectivos susceptibles de constituir órganos de conciliación, mediación y/o arbitraje con plena eficacia para evitar el proceso social y para constituir títulos ejecutivos sociales (ex arts. 63, 65.3 y 4 y 68 LRJS), al ser un modo de instauración negociada que no ha logrado, por ahora, un desarrollo eficaz en la práctica, pudiendo suplir o completar los burocratizados y escasamente útiles organismos administrativos dedicados a tal fin. Los agentes sociales tienen en ello una esencial labor y en colaborar en generar la confianza en la utilización de tales instrumentos que deben contar con las garantías adecuadas para evitar desigualdades en los acuerdos alcanzados.

6.3. La legislación procesal social puede facilitar la existencia de procedimientos adecuados de conciliación, mediación y arbitraje, regulando los efectos de su iniciación, las formas y cauces de impugnación y la eficacia de los acuerdos y laudos; pero no es lugar adecuado para reformar, articular o crear los diversos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos.

¹⁴ En este sentido, García Celaá (2021).

6.4. En esta línea, fuera del texto procesal, las Administraciones públicas encargadas de la Administración de Justicia deberían articular instrumentos ágiles a través de los servicios administrativos correspondientes, evitando su real conversión en un mero trámite, generalmente inútil, que simplemente dilata el acceso a la justicia social.

6.5. Flexibilizar la interrelación entre la papeleta de conciliación/papeleta de medición y la demanda (y/o con las posibles ampliaciones de la demanda), especialmente cuando la cuestión pueda afectar la vulneración de derechos fundamentales y tratándose acciones sometidas a plazos de caducidad. El debate abierto por la polémica STS de 20 de junio de 2020 (rec. 877/2017) ha tenido continuidad en decisiones posteriores de la sala, y más recientemente de suplicación (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1151/2022, de 23 de diciembre).

6.6. Se deben reforzar las sanciones y consecuencias de la incomparecencia injustificada de la parte demandada a los actos de conciliación o de mediación y/o de su negativa injustificada a alcanzar acuerdos cuando la posterior sentencia firme coincidiera esencialmente con la pretensión de la persona solicitante (entre otras medidas, incremento «notable» de intereses de demora; recargos; limitación de causas de oposición en el acto del juicio; o imposición imperativa de costas, sanciones u otras).

Especial incidencia tendría el incremento «notable» o «agravado» de los intereses por demora a partir del intento de conciliación y/o mediación cuando resulte injustificada la postura de la demandada, por analogía al modo que se efectúa en otros supuestos de incumplimiento (así, en el 10 % anual para el interés por mora en el pago del salario ex art. 29.3 Estatuto de los Trabajadores –ET– o en la fórmula del doble tramo del art. 20.4 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, modificada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre) (interpretada en STS de mayo de 2016, rec. 3568/2014); o con los recargos como el del 20 % del importe principal de la deuda cuando no se ha ingresado la deuda tributaria en su totalidad en el plazo concedido.

6.7. Conviene repensar si a la parte demandada comparecida, de no alcanzarse acuerdo, se le debería exigir, al igual que a la parte solicitante, que dejara constancia en el acta de los «hechos» en los que se fundamentará su oposición en juicio y con el mismo rigor de congruencia entre dichos hechos aducidos en la fase preprocesal previa y los esgrimidos en el acto del juicio; procurando que la demanda comparecida a tales actos preprocesales no deba asumir más cargas que la incomparecida.

6.8. Valorar la introducción de una regla general que excluya de estas exigencias preprocesales cuando se trata de litigios sobre temas urgentes y afectantes directamente a derechos fundamentales y libertades públicas.

6.9. Articular cómo formular la reconvencción, tras la problemática derivada de la eliminación de las reclamaciones previas para poder demandar al Estado, comunidades autónomas, entidades locales o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, salvo en materia de seguridad social (art. 69 LRJS, modificado por disp. final tercera. Dos Ley 39/2015, de 1 de octubre).

6.10. Valorar que no se requieran para los actos de la Administración pública empleadora, distintos de los dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones, las exigencias de notificación ex artículo 69.1, párrafos segundo y tercero, de la LRJS, para evitar interpretaciones de dicho precepto como la contenida, entre otras muchas, en las SSTs de 24 de julio de 2020 (rec. 1338/2018) o 3 de noviembre de 2022 (rec. 3199/2021), en la que se sustenta que la notificación del acto de despido efectuado por una Administración pública sin indicar vía y plazo de impugnación mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que la persona trabajadora lo impugne por la vía procedente.

6.11. Como medio eficaz para la evitación de los procesos en los que la parte demandada sea la Administración pública, incluidas las entidades gestoras de la Seguridad Social, establecer reglas en las que se le exija que cumplan en tiempo las sentencias judiciales y ajusten sus posteriores actuaciones a aquellas, dejando, en lo posible, sin efecto anteriores actuaciones contrarias, evitando litigios reiterativos y numerosas desigualdades.

7. De los principios del proceso y de los deberes procesales

Pudieran incluirse en este epígrafe, sobre los principios del proceso y los deberes procesales (arts. 74 y 75 LRJS), como principios básicos del orden social los relativos a:

7.1. El principio de igualdad real y el del proceso como instrumento para combatir todas las formas de discriminación, resaltando que la persona trabajadora y la persona en situación de necesidad es la parte débil de la relación social.

7.2. Las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad. Realizando los ajustes necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad, especialmente, en concordancia con lo previsto en el artículo 7 bis de la LEC, introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; así como teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre la «exigencia de motivación reforzada en los supuestos en los que se invoca la protección a las personas con discapacidad prevista en el art. 49 CE» (en especial, STC 113/2012, de 31 de mayo).

7.3. Los principios básicos sobre la perspectiva de género, de infancia y de adolescencia aplicables en el orden social (que ha generado notables polémicas con recientes sentencias de la sala, como la STS 169/2023, de 2 de marzo; en general, *vid.* Cavas Martínez, 2021; Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023; Molina Navarrete, 2020), sin perjuicio de su concreción en determinados preceptos; especialmente, como propone la doctrina podría modificarse el artículo 74.1 de la LRJS:

[...] integrando la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Igualmente, en aquellos casos en que las decisiones judiciales tengan impacto directo o indirecto sobre personas menores de edad, se ponderará el interés superior del menor como consideración primordial (Poyatos i Matas, 2021).

7.4. Las reglas básicas sobre lenguaje inclusivo y no sexista, con las precisiones necesarias a lo largo del texto articulado.

7.5. El principio de evitación de la revictimización en los juicios sobre acoso sexual, sexista o violencia de género en el trabajo¹⁵.

8. Del proceso ordinario

El clásico proceso ordinario social (regulado en los arts. 76 a 101 LRJS), inspirado en los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad (art. 74.1 LRJS) –con sanción de nulidad su incumplimiento («Si el juez que presidió el acto del juicio no pudiese dictar sentencia, deberá celebrarse este nuevamente» –art. 98.1 Ley de procedimiento laboral [LPL] y LRJS–), lo que no tuvo reflejo en la LEC hasta que se promulgó el texto ex Ley 1/2000–, ha constituido la clave de la eficacia del orden social.

La LRJS profundizó en la garantía de los derechos de las personas intervinientes en el proceso en temas esenciales. Entre otros, a la generalización y garantías de las medidas cautelares (art. 79 LRJS); al supuesto de pruebas documentales o periciales de extraordinario volumen o complejidad (arts. 82.4 y 87.6 LRJS); al planteamiento y resolución de cuestiones

¹⁵ Poyatos i Matas (2021) argumenta que:

Esta propuesta modificativa pretende evitar la victimización secundaria de las trabajadoras víctimas de violencia sexual o de género por motivo del trabajo, siguiendo lo contenido en el artículo 4.2 del Convenio n.º 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso (2019) [...]. En la misma línea se posiciona la Recomendación 206 de la OIT.

[...] Así lo ha venido declarando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, la STEDH de 9 de febrero de 2021, caso N. Ç. contra Turquía, y la STEDH de 27 de mayo de 2021, caso J. L. contra Italia.

previas antes del inicio del juicio respetando las garantías procesales de las partes y sin pre-juzgar el fondo del asunto (art. 85.1 LRJS); a los límites a la reconvención (art. 85.3 LRJS); al planteamiento durante el juicio de la cuestión por el órgano juzgador (art. 87.3 LRJS); a las pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supusieran violación de derechos fundamentales o libertades públicas (art. 90.2 LRJS)¹⁶; al acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental (art. 90.4 LRJS); al sometimiento a reconocimientos clínicos, obtención de muestras o recogida de datos personales relevantes (art. 90.5 LRJS); a las medidas necesarias para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados (art. 90.6 LRJS); y a la carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo (art. 96.3 LRJS).

La experiencia demuestra que debe seguir profundizándose para:

- Reflejar en el texto procesal reglas que garanticen, respetando los principios básicos del orden social, que ni en la preparación de las pruebas ni en el acto del juicio (demanda y ampliación, contestación a la demanda, excepciones y/o reconvención) se va a generar indefensión a alguna de las partes, articulando instrumentos que refuercen en todo momento la tutela judicial efectiva y la igualdad real o el «equilibrio procesal» ex artículo 75.1 de la LRJS¹⁷; entre otras, puede valorarse la inclusión en el artículo 96.1 de la LRJS de la regla de inversión de la carga de la prueba en casos en los que la decisión judicial tenga impacto directo o indirecto en personas menores de edad (Poyatos i Matas, 2021).
- Con la anterior finalidad, para lograr la efectividad del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa deben crearse los instrumentos para que tales medios sean suministrados por el Estado en caso de evidente desigualdad de las partes (entre otros, en litigios sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o cuando se alegue violación de derechos fundamentales o libertades públicas).
- Establecer una delimitación competencial, clara y efectiva, entre las funciones de los letrados/as de la Administración de Justicia y de los jueces/zas, tanto en los órganos individuales (a la espera de la implantación de los posibles tribunales de instancia) como en los colegiados, en las distintas fases procesales (en especial

¹⁶ Un estudio completo de la prueba en el ámbito social en Godino Reyes *et al.* (2021).

¹⁷ Como analiza López Hormeño (2021), concluyendo que:

El proceso laboral, a través de normas muy diversas, sustantivas y procesales, ha venido a equilibrar dicha desigualdad mediante mecanismos compensatorios, pero aún quedan algunos déficits que habría que corregir, como en reglas de la competencia o en materia de práctica de la prueba.

en la ejecución); así como en la exigible coordinación entre dichos profesionales para evitar que se adopten en distintos momentos procesales decisiones contradictorias con las consecuentes dilaciones, inseguridad y con perjuicio para las partes procesales o terceros¹⁸.

- Regular detalladamente las garantías precisas para la celebración de vistas y la práctica de pruebas mediante videoconferencia¹⁹.
- Instaurar eficazmente la figura del «pleito testigo» –entendiendo por tal aquel en el que uno o varios procedimientos judiciales iniciados quedan suspendidos, por una decisión judicial, hasta la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento preferente y una vez firme esta, se concede a las partes la posibilidad de reanudar el pleito, de desistir del mismo o de acudir a una vía rápida de extensión de efectos–, para crear mayor agilidad procesal y seguridad jurídica en la resolución de temas análogos, en especial actos masa.
- Potenciar el proceso monitorio, como instrumento directamente controlable por el personal letrado de la Administración de Justicia y que puede dar una rápida respuesta a numerosos litigios de menor cuantía y en los que no exista oposición de la demandada.

9. De las modalidades procesales

En cuanto a las modalidades procesales (arts. 102 a 185 LRJS), podrían valorarse, entre otras, las siguientes propuestas:

9.1. Simplificación y reducción de las modalidades procesales. Las sucesivas normas procesales sociales vienen arrastrando una serie de denominadas modalidades procesales,

¹⁸ Sobre este tema, entre otros, Lafuente Sevilla (2021), argumentándose que:

[...] el ALMEP pretende optimizar los recursos existentes, tomando en consideración no solo la preparación del cuerpo de letrados de la Administración de Justicia, sino también la experiencia acumulada durante la pasada década. De esta manera, el papel de los letrados puede contribuir a aumentar la capacidad de resolución de los juzgados, como se ha demostrado estadísticamente, permitiendo a la judicatura centrarse en los aspectos más complejos.

¹⁹ Materia analizada por Molins García-Atance (2021), señalando, entre otros problemas, que:

[...] la exigencia absoluta de oralidad del proceso social causa dificultades para la celebración de vistas mediante videoconferencia. Algunos de estos problemas tienen que ver con la aportación de documentos por las partes, la aportación de informes periciales o la merma de las garantías procesales que puede implicar la celebración de juicios telemáticos. Por ello, es necesario adaptar la normativa procesal a la nueva realidad. La celebración telemática de actos procesales conlleva la necesidad de garantizar la identidad de los intervinientes y la integridad de la documentación de lo actuado.

muchas de ellas simplemente diferenciadas del proceso ordinario por los documentos a aportar con la demanda, o con los informes a solicitar en el acto del juicio, o por el contenido de la sentencia, o por su tramitación urgente, o por el acceso o no a recursos (entre otras, vacaciones –arts. 125 y 126 LRJS–; clasificación profesional –art. 137 LRJS–; impugnaciones relativas a los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o a su modificación –arts. 167 a 176 LRJS–). Podrían simplificarse y/o reducirse estableciendo tales peculiaridades como especificidades concretas entre las reglas generales del proceso ordinario y/o de los recursos.

9.2. Pudiera valorarse la inclusión de una modalidad procesal para el ejercicio de la acción de extinción del contrato a instancia de la persona trabajadora ex artículo 50 del ET, incluyendo reglas concretas para cuando se ejercite juntamente con la acción de despido.

9.3. Deberían incluirse, entre otras, reglas más específicas sobre:

- La más eficaz defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las diversas modalidades procesales, destacando la exigencia constitucional de motivación reforzada de las resoluciones²⁰ y el preceptivo acceso, en todo caso, a los recursos, con especificación del alcance de la sentencia de suplicación y/o de casación unificadora, no limitándola a la determinación de la existencia o no de vulneración del derecho fundamental, sino, de ser estimatoria y existir datos fácticos para ello, debiendo a entrar a conocer de la cuestión de legalidad ordinaria acumulada.
- La impugnación de los actos masa en el proceso social; con reglas claras de legitimación, con procedimientos similares al «pleito testigo» y con refuerzo de la modalidad procesal de conflicto colectivo tanto en sus supuestos (incluyendo las materias de seguridad social y de asistencia social) como en la eficacia de la sentencia recaída con ejecución directa por el órgano que la hubiere dictado en instancia.
- La impugnación e interpretación de pactos y convenios colectivos y su coordinación y posible extensión de efectos.
- El lograr mayor eficacia de los procesos colectivos con vistas a eliminar la necesidad de ulteriores litigios y a su ejecución. Con tal fin se debería:

²⁰ Sobre esta problemática, Virolès Piñol (2021). En especial, en relación con las demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente, señala que: «Así, como viene a establecer el precepto, estamos ante una acumulación *de facto*, no obstante lo dispuesto en el art. 178 LRJS referido a la "no acumulación con acciones de otra naturaleza"».

- Concretar el contenido de la demanda, incluyendo reglas para posibilitar la integración en el ámbito de la ejecución colectiva de los títulos ejecutivos colectivos con datos relativos a las personas afectadas o las circunstancias precisas para concretar la obligación objeto de condena que no hubieran quedado determinados plenamente en aquellos (arts. 124.6 y 157.1 a) LRJS).
- Especificar, conforme a la jurisprudencia unificadora²¹, la necesidad de impugnar conjuntamente y en un único procedimiento de despido colectivo la totalidad del acuerdo de incluirse en el mismo otro tipo de medidas relevantes en conexión con aquel, aunque se refieran a suspensiones temporales de contratos o reducciones de jornada o modificaciones sustanciales de condiciones (modificar art. 124.6 LRJS)²².
- Concretar el contenido de la sentencia y posibilitar excepcionalmente que algún dato pueda quedar para su determinación en ejecución (art. 124.11 LRJS).
- Salvar la contradicción sobre la exigencia de presupuestos preprocesales existente entre los artículos 64.1 y 156.1 (art. 156.1 LRJS).
- Adicionar que procede también la ejecución colectiva cuando en la sentencia firme o en otros títulos ejecutivos se declare o contenga la declaración del despido colectivo como «injustificado» y no exclusivamente como «nulo» (art. 247 LRJS).
- La seguridad jurídica y la reducción de litigios individuales que comporta la utilización de la modalidad procesal de conflictos colectivos podría aconsejar que para todo tipo de suspensiones y reducciones de jornada de los artículos 47 y 47 bis (Mecanismo RED) del ET se extendiera la posibilidad de su utilización «cuando dichas medidas afectan a más de cinco trabajadores».
- Para evitar ulteriores litigios, se propone posibilitar la integración en el ámbito de la ejecución colectiva de los títulos ejecutivos colectivos con datos relativos a las personas afectadas o las circunstancias precisas para concretar la obligación objeto de condena que no hubieran quedado determinados en aquellos a través del oportuno incidente en la propia ejecución (art. 247 LRJS).

²¹ Vid. SSTS de 27 de enero de 2015 (rec. 28/2014), 23 de septiembre de 2015 (rec. 77/2015), 14 de octubre de 2015 (rec. 8/2015), 17 de julio de 2017 (rec. 436/2017) y 17 de octubre de 2018 (Pleno) (rec. 60/2018).

²² Sobre estas cuestiones, especialmente Guadalupe Hernández (2021). Entiende que: «Quizá sería conveniente que este criterio jurisprudencial, a pesar de su claridad, se plasmase en la LRJS a través de la correspondiente reforma».

- La impugnación de actos administrativos, su distribución competencial, la posible intervención del Ministerio Fiscal y la precisión sobre el acceso a los recursos, sin las criticables distinciones jurisprudenciales cuando se refieren a materias de seguridad social mediante el argumento de que no es para el acceso al recurso siendo exigible la cuantía (de 18.000 €) establecida en el artículo 191.3 g) de la LRJS, porque dicho precepto está previsto para la impugnación de un acto administrativo en materia laboral, no de seguridad social (STS [Pleno] de 11 de mayo de 2018, rec. 1800/2016, con voto particular).
- Sobre todas las implicaciones procesales del teletrabajo (sobre su régimen jurídico, *vid.* De las Heras García, 2021) y no únicamente de las relativas a su acceso, reversión, modificación y conciliación; propugnándose doctrinalmente la: «[p]uesta en marcha de una reforma que coordine las diferentes modalidades procesales, de forma que se eviten las superposiciones de contenidos y se cubra todo el trabajo a distancia en sus diferentes manifestaciones» (López López, 2021).
- Sobre procesos en materia de seguridad social y de asistencia social con posibles fórmulas de agilización y especialización, así como con intervención pericial si procede.

10. De los medios de impugnación

Como posibles cuestiones para reflexionar sobre la normativa afectante a los medios de impugnación (arts. 186 a 236 LRJS), puede hacerse referencia a las siguientes:

10.1. La LRJS en su normativa sobre los diversos medios de impugnación asumió, como regla, los preceptos clásicos contenidos en los precedentes textos procesales sociales, por lo que sería aconsejable una simplificación y actualización; dadas, además, las nuevas técnicas de interrelación de las personas interesadas con los órganos judiciales, los nuevos instrumentos probatorios y en aras de lograr la máxima eficacia de la tutela judicial y de los principios de igualdad real y seguridad jurídica.

10.2. Delimitar claramente los supuestos de acceso a los diversos recursos, en especial cuando se cuestionen derechos fundamentales y libertades públicas, así como establecer que la sentencia de suplicación debe pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad ordinaria suscitadas en un proceso una vez desestimada la alegada vulneración de derechos fundamentales que habilita la posibilidad de recurrir la sentencia de instancia y sin necesidad de devolver las actuaciones al órgano de instancia, como criticablemente se ha interpretado por la jurisprudencia unificadora (STS [Pleno] de 19 de octubre de 2022, rec. 1363/2019, con voto particular).

10.3. Debiera reforzarse el control de los actos dictados en instancia, en temas como las decisiones sobre acumulación o desacumulación. Un paso adelante en este sentido lo constituyó el acceso a la suplicación *ex artículo 191.4 c) 2.º de la LRJS* para controlar posibles archivos arbitrarios («2.º Falta de subsanación de los defectos advertidos en la demanda no imputable a la parte o a su representación procesal o incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio, siempre que, por caducidad de la acción o de la instancia o por otra causa legal, no fuera jurídicamente posible su reproducción ulterior»).

10.4. Articular instrumentos eficaces para agilizar los recursos y lograr la seguridad jurídica evitando sentencias contradictorias, entre otros extremos, para:

- Coordinar las causas de la admisión e inadmisión de los recursos (*ex arts. 200 y 213 LRJS*).
- Delimitar el objeto o motivos de los recursos de suplicación y casación ordinaria (*ex arts. 193 y 207 LRJS*).
- Actualizar el tipo de pruebas aptas para revisar los hechos declarados probados en los recursos de suplicación y de casación ordinaria, teniendo en cuenta los actuales instrumentos tecnológicos que pueden reflejar múltiples datos fácticos en distintos formatos y de diversa naturaleza.
- Simplificar los instrumentos de acumulación de recursos para hacerlos realmente operativos (*ex art. 234 LRJS*).
- Racionalizar la tramitación de los recursos de suplicación y casación.
- Articular fórmulas, no solamente para los recursos de casación unificadora (como se proyecta en las enmiendas núms. 625 y 626 GPS respecto a los arts. 225 y 225 bis), sino también para los recursos de suplicación, sobre los que podríamos denominar como «recursos testigo», similares al «pleito testigo» en la instancia, y en concordancia con lo que se proyecta para la LRJCA incluso para la instancia (*ex art. 56.5 LRJCA, ex enmienda núm. 578 GPS*).
- Facilitar al máximo la posibilidad de que el órgano que conozca del recurso pueda resolver todas las cuestiones planteadas sin necesidad de tener que devolver las actuaciones al órgano de instancia con tal fin (*ex arts. 202.3 y 215 b) y c) LRJS*) –para lo que supuso un paso adelante la posibilidad de plantear, en los escritos de impugnación de tales recursos, motivos de inadmisibilidad y/o eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias, aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia impugnada (*ex arts. 197.1 y 211.1 LRJS*)–, lo que adquiere especial incidencia cuando la sala admita «documentos nuevos» y la discutible interpretación jurisprudencial acerca de su siempre necesaria devolución en caso de admisión para que resuelva la cuestión planteada (*ex art. 233 LRJS; entre otras, STS de 3 de diciembre de 2013, rec. 354/2012*).

- Incluso, valorar, cuando de asuntos repetitivos se trate y se tengan que dejar sin efecto sentencias impugnadas que contradigan la doctrina consolidada de la correspondiente sala, la posibilidad de revocarlas en instrumentos conjuntos sin necesidad de seguir dictando por los cauces ordinarios cientos de sentencias reiterativas desestimatorias de los recursos interpuestos.

10.5. Añadir expresamente la necesidad de la intervención judicial en la revisión de resoluciones del personal letrado de la Administración de Justicia, dado que el artículo 188.1, párrafo primero, de la LRJS fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 72/2018, de 21 de junio, y dicho ajuste normativo lo efectúa el propio ALMEP respecto a otras jurisdicciones (arts. 102 bis.2 LRJCA y 454 bis.1 LEC).

10.6. En cuanto a la demanda de revisión, podría ser dable clarificar el alcance del denominado «principio de subsidiariedad», pues una discutible jurídicamente corriente jurisprudencial viene exigiendo para su admisión haber intentado también el acceso previo a la casación unificadora, argumentando que «en el procedimiento del que dimanan las sentencias cuya revisión se insta, no se agotaron los recursos jurisdiccionales pues contra la sentencia de la Sala de Suplicación, no se intentó el recurso de casación para la unificación de doctrina que hubiese garantizado la subsidiariedad del juicio de revisión» (entre otras muchas, SSTs de 12 de septiembre de 2017, rec. 1/2017, y 2 de octubre de 2019, rec. 47/2017).

10.7. Articular posibles fórmulas para lograr una rápida respuesta judicial unificadora, intentando adelantar la solución del TS a conflictos que estén generando importante litigiosidad para unificar de la forma más rápida, evitando incrementos de litigiosidad y soluciones divergentes por la demora en la unificación de doctrina.

10.8. Finalmente, partiendo del «instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996» (BOE de 11 de junio de 2021), incluyendo el protocolo de reclamaciones colectivas, habrá que tener en cuenta las decisiones correspondientes del órgano de garantía constituido por el Comité Europeo de Derechos Sociales, siendo la carta jurídicamente vinculante y las decisiones del Comité de Expertos de obligado cumplimiento, aunque no se configuren como «sentencias» (Jimena Quesada, 2021, pp. 59-60).

11. De la ejecución de sentencias

Por lo que respecta a la ejecución de sentencias (provisional y/o definitiva) (arts. 237 a 305 LRJS), se propone, entre otros extremos:

11.1. Las posibles reformas normativas orgánicas y procesales deberían tender a poner remedio a las numerosas ejecuciones, especialmente «dinerarias» pendientes ante las diversas jurisdicciones, lo que podrá intentar solucionarse mediante la creación de órganos de ejecución comunes a todas ellas, de ámbito autonómico y con medios no menores a los que dispone la Agencia Tributaria.

11.2. En materia de ejecución social, entiendo que la eficacia acreditada de la ejecución social exige menores cambios normativos; aunque sí reflexionar sobre la extensión de los órganos ejecutores comunes a los distintos tribunales e incluso la interrelación con las Salas de lo Social de los tribunales superiores de justicia y con la Audiencia Nacional cuando deban efectuarse ejecuciones colectivas.

11.3. La ampliación de los supuestos de ejecuciones colectivas y la flexibilidad en la integración del título en la propia ejecución sin necesidad de remitir a nuevos procesos declarativos.

11.4. Al igual que existe en la normativa procesal contencioso-administrativa y en la civil (arts. 37, 86.1, 110 y 111 LRJCA y 519 LEC), articular fórmulas eficaces para la extensión de efectos de una sentencia firme, a favor de personas que no hayan sido parte en el litigio, siempre que se encuentren en una situación jurídica individualizada con identidad sustancial a la reconocida por sentencia firme.

11.5. En las reformas proyectadas en el ALMEP respecto a la LEC, especialmente, sobre las subastas y procedimientos de liquidación de bienes, al tratarse de un texto integrador y supletorio de la LRJS en materias de ejecución, deberá tenerse en cuenta la reforma proyectada de la normativa civil para delimitar concretamente el alcance de tales modificaciones dejando a salvo claramente los principios básicos de la ejecución social.

11.6. Potenciar los infrautilizados instrumentos coercitivos para lograr la efectividad del cumplimiento de las obligaciones impuestas a las partes o a los terceros en la ejecución, en concreto de los «apremios pecuniarios» y «multas coercitivas» ex artículo 244.2 y 3 de la LPL, incrementando su cuantía y, en especial, como acontece en otros países, estableciendo que la cantidad obtenida no se ingrese en el tesoro público, lo que desmotiva su utilización, sino que redunde en beneficio del ejecutante.

11.7. Reformular la interconexión entre la ejecución (singular o plural) social ex LRJS con la ejecución universal ex Ley concursal, como ya se ha adelantado.

Referencias bibliográficas

- Agustí Juliá, J. (2021). La impugnación de los actos administrativos en el proceso social: problemática y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Cavas Martínez, F. (2021). *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*. Aranzadi.
- Escourido Pérez-Sindín, J. M. (2021). El anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia: reforma de la Ley de enjuiciamiento civil y su impacto en la Ley reguladora de la jurisdicción social. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Folguera Crespo, J. A. (2021). El personal de las Administraciones públicas: descoordinación en su protección jurisdiccional. Propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- García Alarcón, M. V. (2021). La jurisdicción social como jurisdicción especializada en materia de riesgos laborales: ámbitos objetivo y subjetivo, reglas para combatir la segregación competencial e instrumentos procesales idóneos para conocer de estos litigios. Propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- García Celaá, B. (2021). Conciliación, mediación, arbitraje... ¿Instrumentos de solución sociolaboral? *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Godino Reyes, G., Muñiz Ferrer, R., Godino de Frutos, A. y Goerlich León, A. (2021). *La prueba derivada de las nuevas tecnologías en el proceso laboral*. Lefebvre.
- Granados Romera, M. I. y González de Patto, R. M. (Dir.^{as}). (2020). *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*. Aranzadi.
- Guadalupe Hernández, H. (2021). Despido colectivo, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión de contrato y reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: impugnación jurisdiccional y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Heras García, A. de las. (2021). *Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales*. Centro de Estudios Financieros.
- Jimena Quesada, L. (2021). La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 33-72. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2432>
- Lafuente Sevilla, R. (2021). El papel del letrado de la Administración de Justicia en el proceso social: puntos críticos y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- López Hormeño, M. C. (2021). Principio de igualdad y tutela judicial efectiva sin indefensión en el proceso social, en especial en el acto del juicio: puntos críticos y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- López López, J. (2021). Teletrabajo y modalidades procesales: propuestas de mejora. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Martín Rodríguez, M. O. y Megino Fernández, D. (2022). *Derecho procesal laboral*. Centro de Estudios Financieros.
- Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C. (2023). *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia*

- debida para corregir sus brechas de género. Bomarzo.
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. La Ley.
- Molina Navarrete, C. (2022). *Aspectos socio-laborales de la nueva reforma concursal: ¿remercantilización vs. socialización?* Bomarzo.
- Molins García-Atance, J. (2021). La prueba en el proceso social y en los recursos: propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Nuez Rivera, S. (2021). Reformas legislativas e incidencia en las leyes orgánicas y en las leyes procesales sociales. Propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Palomo Balda, E. (2022). La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>
- Poyatos i Matas, G. (2021). Perspectiva de género, infancia y adolescencia en la jurisdicción social: propuestas de reforma procesal. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Salinas Molina, F. (25 de mayo de 2021 –2021a–). Propuestas de reforma de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Cuestiones prácticas. En *Curso teórico-práctico de especialización en el orden jurisdiccional social*. Consejo General del Poder Judicial.
- Salinas Molina, F. (2021b). Reflexión general sobre los extremos esenciales de la LRJS susceptibles de reforma. Especial referencia a los contenidos en el ALMEP. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Segoviano Astaburuaga, M. L. (2021). Ley concursal y ley procesal social: interferencias y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Valdés Dal-Ré, F. (2016). *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales*. Bomarzo.
- Violès Piñol, R. M. (2021). Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso social: puntos críticos y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.

Fernando Salinas Molina. Magistrado del Tribunal Supremo en la Sala de lo Social (1996-2019) y vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial (2001-2008). Ha participado en las comisiones de elaboración de leyes procesales (laboral 1990 y 2011 y enjuiciamiento civil), en especial dirigió el grupo de expertos que redactó el borrador de la vigente Ley reguladora de la jurisdicción social, aprobada por unanimidad en el Parlamento. Premio al mejor laboralista en 2018 otorgado por la Asociación Nacional de Laboralistas. Máximas distinciones en materia de justicia a nivel estatal (Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort) y en el ámbito de Cataluña (Premi Justicia de Catalunya 2019).

Las leyes de eficiencia del servicio público de justicia: visión general y posible incidencia en la jurisdicción social

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Complutense de Madrid (España)

jgmurcia@der.ucm.es | <https://orcid.org/0000-0001-9586-7544>

Extracto

Los proyectos legales de eficiencia organizativa y eficiencia procesal entrañan una nueva reforma generalizada del servicio público de la justicia, con afectación muy notable al orden jurisdiccional social. En el plano organizativo, la mayor novedad radica en la creación de los tribunales de instancia, dotados de una sección de lo social. En el plano procesal, el aspecto más destacable es la recepción de la figura del «procedimiento testigo», con extensión de sus efectos a otros litigios con identidad de razón. En el ámbito de lo social, a todo ello se une la revisión del proceso monitorio, el refuerzo de las reglas sobre acumulación de acciones y procesos, el impulso de la solución por medios voluntarios y otros variados ajustes en la regulación del proceso laboral.

Palabras clave: eficiencia; jurisdicción social; procedimiento testigo; proceso monitorio; tribunales de instancia.

Recibido: 17-04-2023 / Aceptado: 17-04-2023 / Publicado (en avance *online*): 27-04-2023

Cómo citar: García Murcia, J. (2023). Las leyes de eficiencia del servicio público de justicia: visión general y posible incidencia en la jurisdicción social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 55-83. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18817>

Efficiency laws in the public justice service: overview and possible impact on the social jurisdiction

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid (España)*
jgmurcia@der.ucm.es | <https://orcid.org/0000-0001-9586-7544>

Abstract

The legal projects for organisational efficiency and procedural efficiency entail a new generalised reform of the public service of justice, with a very notable effect on the social jurisdictional order. On the organisational level, the main novelty lies in the creation of the courts of first instance, with a social court section. On the procedural level, the most notable aspect is the introduction of the "witness procedure", with the extension of its effects to other disputes with the same cause of action. In the social sphere, all of this is accompanied by the revision of the order for payment procedure, the reinforcement of the rules on the accumulation of actions and proceedings, the promotion of settlement by voluntary means and other varied adjustments to the regulation of labour proceedings.

Keywords: efficiency; social courts; test procedure/test case; order for payment procedure; courts of first instance.

Received: 17-04-2023 / Accepted: 17-04-2023 / Published (online preview): 27-04-2023

Citation: García Murcia, J. (2023). Efficiency laws in the public justice service: overview and possible impact on the social jurisdiction. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 55-83. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18817>



Sumario

1. Una primera aproximación
 2. Causas, fines y ámbito legal de la reforma
 3. Líneas medulares de las reformas proyectadas para la eficiencia organizativa y procesal
 4. El impacto de la reforma orgánica en el ámbito de la jurisdicción social
 5. Ajustes incidentales en la regulación del proceso laboral
 6. Otras innovaciones de índole procesal en el orden jurisdiccional social
 7. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Una primera aproximación

Las leyes modernas sobre jurisdicción y proceso no se suelen atribuir a sí mismas el carácter provisional de aquella famosa norma de 1870. Pero lo cierto es que, pese a su tácita opción por la estabilidad, no suelen mostrar mucha capacidad de resistencia frente al transcurso del tiempo. Al igual que en otras muchas parcelas de nuestro ordenamiento jurídico, la reforma de la legislación procesal parece haberse convertido, más bien, en una constante de nuestros días. Ardua tarea es ya la de enumerar las modificaciones sufridas por la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ) desde su aprobación en 1985, y algo similar podría decirse de las leyes ordinarias que regulan la actividad procesal en cada uno de nuestros órdenes jurisdiccionales. Y no solo eso. Parece cundir entre nuestros responsables políticos –y quizá también entre muchos especialistas– la idea de que aún está por llegar la gran reforma de nuestro sistema jurisdiccional, como si los pasos que se han venido dando desde los inicios del vigente régimen constitucional no hubiesen podido constituir más que un primer acondicionamiento para hacerlo viable en tanto no llega ese magno acontecimiento. Como si lo que hasta ahora se ha hecho tan solo fuese una especie de antesala de lo que está por venir. Es, sin duda, una sensación muy propia de nuestros tiempos acelerados y cambiantes, en la que, por paradójico que se nos pueda antojar, los Gobiernos de turno parecen sentirse llamados a la gran misión histórica de hacer las cosas como es debido, para poner fin, de una vez por todas, al estado de deficiencia o precariedad heredado de sus antecesores. Parecen revestirse, por decirlo así, de la condición de artífice de una nueva era definitivamente preclara y salvífica.

Probablemente todos y cada uno de los actores gubernamentales de nuestra joven democracia hayan participado en alguna medida de propósitos de ese jaez, y probablemente todos ellos hayan albergado en su fuero interno la deslumbrante idea de proceder a una reforma integral de la Administración de Justicia. Muchos han sido, en efecto, los proyectos puestos en marcha, aunque no todos ellos con la misma proyección estructural, y muchos los que efectivamente han logrado prosperidad, aunque no siempre con el mismo impacto real. Al margen de aquella regulación básica y general sobre el poder judicial exigida por la Constitución española (CE), y algo retrasada en su ejecución, podrían reseñarse, en efecto, numerosos hitos de envergadura en la reforma posconstitucional de nuestro sistema jurisdiccional. La reordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en 1998, la sustitución del añejo marco legal del enjuiciamiento civil en el año 2000 o la renovación de las disposiciones legales reguladoras de la jurisdicción social en 2011 son indiscutiblemente acontecimientos legales de primera fila, a los que habría que unir, para hacer justicia a nuestros gobernantes, otras muchas actuaciones de consideración en las diferentes parcelas

del orbe procesal, como la persistente labor de actualización del enjuiciamiento criminal o la apertura de vías especializadas en materia mercantil, en derecho de familia o en cuestiones de género. También hemos podido asistir, por descontado, a numerosas operaciones de reforma comunes a los distintos órdenes jurisdiccionales, como la que condujo a la implantación de la oficina judicial en el año 2009¹, la que supuso una primera recepción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el año 2011² o la que por esas mismas fechas se llevó a cabo bajo los auspicios de quienes preconizaban mayores grados de agilidad en los procesos³.

Todos esos precedentes ponen de manifiesto que ni es inédita la idea de reforma procesal ni son del todo nuevas las aspiraciones de una mejor justicia para la ciudadanía. Ahora se propone una nueva operación reformadora con efectos generalizados en el conjunto del sistema, en la que justa y sensatamente se recuerdan algunas de esas operaciones previas de acondicionamiento normativo y en la que una vez más, por exigencias de ese mismo diseño global, se ven implicadas tanto las normas orgánicas del poder judicial como las leyes ordinarias de los diferentes órdenes jurisdiccionales⁴. Es una reforma que parece combinar su propia genética con gérmenes más antiguos, pero que, de cualquier manera, parece haber cobrado mayor fuerza tras las experiencias vividas durante la pandemia de la COVID-19 y con ocasión de los grandes planes de reestructuración institucional que se han ido elaborando desde entonces. De todas formas, y al igual que tantas otras iniciativas legales de esta tercera década del siglo XXI, en su tramo final parece haber encontrado su mayor sustento y su mejor acomodo en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) presentado por el Gobierno español ante las instituciones comunitarias para fundamentar y justificar la llegada de los consabidos (y esperados) fondos económicos⁵.

¹ Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

² Ley 18/2011, de 5 de julio.

³ Ley 37/2011, de 10 de octubre.

⁴ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 224/1993, de 1 de julio, la reserva de ley orgánica establecida por el artículo 122 de la CE para la «constitución» de juzgados y tribunales debe comprender como mínimo «la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso», en el bien entendido de que la propia jurisprudencia constitucional «ha evitado una interpretación rígida del significado y el alcance de la reserva de ley orgánica que deriva del artículo 122.1 CE», de modo que corresponde a la LOPJ el establecimiento de «los criterios generales de atribución» y a las leyes procesales ordinarias la concreción de esos criterios «en cada ámbito específico» (STC 128/2018, de 29 de noviembre, que se apoya a su vez en las SSTC 121/2011, de 7 de julio, y 110/2017, de 5 de octubre).

⁵ La operación legislativa figura como «hito CID 152 de la medida C11.R2», bajo el nombre de «Reforma para el impulso del Estado de derecho y eficiencia del servicio público de la justicia», cuyo cumplimiento se fijó inicialmente para el cuarto trimestre de 2022.

Dado que en ella quedan afectados aquellos dos planos legislativos (orgánico y ordinario), la reforma se articula a través de dos proyectos legales, dedicados respectivamente a la «eficiencia organizativa» (ley orgánica) y a la «eficiencia procesal» (ley ordinaria) del servicio público de justicia (a los que, por lo demás, se ha unido un proyecto de ley que se ocupa específicamente de la «eficiencia digital del servicio público de justicia»). Como podemos ver, el gran lema de esta nueva operación reformadora es la «eficiencia»⁶, que en este contexto se despliega en las dos vertientes aludidas («organizativa» y «procesal»), y que cuenta con una pequeña explicación acerca de su sentido y alcance dentro de la propia documentación presentada en su momento por el Gobierno ante el Parlamento⁷. Para el promotor gubernamental (*rectius*, para el preámbulo de los textos correspondientes), podrá hablarse de eficiencia organizativa cuando la estructura de referencia optimiza «los recursos disponibles» y «se muestra apta para la obtención de sus objetivos»⁸, y podrá predicarse lo mismo de la eficiencia procesal cuando el sistema acredite capacidad suficiente «para producir respuestas eficaces y efectivas»⁹. A juicio de ese mismo intérprete (el intérprete auténtico de la reforma, a la postre), tanto la eficiencia organizativa como la eficiencia procesal necesitan del apoyo de ciertas cualidades y condiciones, que para la primera se podrían traducir en «especialización, homogeneidad y capacidad organizativa», y para la segunda se podrían resumir en la idea de «legitimidad», entendida como «grado de confianza y credibilidad que el sistema de justicia debe tener para nuestra ciudadanía».

En todo caso, y como también parecen entender los promotores de la reforma, no cabe hablar de eficiencia si no se cumplen de igual modo los objetivos de eficacia y efectividad¹⁰, siquiera sea por la ineludible proximidad semántica de todos esos calificativos. Muy razonable parece, por otra parte, que esas propuestas gubernamentales hagan depender el éxito del servicio público de justicia de su grado de aceptación por parte de la ciudadanía. Pero no queda del todo claro en esos textos preparatorios cuál es o cuál debería ser el bien prioritario en el terreno de la administración de justicia por las pertinentes instituciones

⁶ Según el diccionario de la RAE, «capacidad para realizar o cumplir adecuadamente una función». Extensamente, *vid.* Alcoceba Gil (2023).

⁷ Manejamos los proyectos de Ley orgánica de eficiencia organizativa y de Ley ordinaria de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia publicados en el BOCG, sección del Congreso de los Diputados, con fecha de 22 de abril de 2022. El de eficiencia digital se publica en el BOCG de 12 de septiembre de 2022. Obviamente, son textos sujetos al pertinente procedimiento de enmienda y debate, por lo que su contenido final puede diferir del en aquellos momentos proyectado.

⁸ Punto II del preámbulo del proyecto de Ley orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia.

⁹ Punto I del preámbulo del proyecto de Ley ordinaria de medidas de eficiencia procesal.

¹⁰ De nuevo según la RAE, eficacia sería la «capacidad para producir el efecto deseado o de ir bien para determinada cosa», mientras que por efectivo se entiende aquello «que produce el efecto esperado, que va bien para determinada cosa».

públicas. Se supone que mediante la apelación a la eficiencia se buscan mayores niveles de intermediación, rapidez y agilidad en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Sin embargo, no está de más recordar que el fin último de la jurisdicción del Estado no puede ser otro que la prestación de tutela judicial efectiva a la ciudadanía, entre otras razones por exigencia directa de la CE. No debe olvidarse, dicho de otro modo, que el ejercicio de las tareas de juzgar y hacer cumplir lo juzgado debe estar en todo momento acompañado de un buen racimo de garantías para los implicados en el proceso¹¹. La justicia ágil y expeditiva puede ser magnífica, pero siempre que no se sacrifiquen los pasos y ritmos necesarios para un enjuiciamiento cabal de los litigios. Pensemos, por concretar un poco más, en todo lo que supuso y debe seguir suponiendo la doctrina constitucional construida a propósito de la admisión de la demanda, de la práctica de las pruebas, del acceso a los recursos o de tantos otros pasajes del itinerario procesal.

El actual énfasis en la eficiencia no es en sí mismo rechazable, pero puede exponerse al riesgo de que se dé por superada la época de reivindicación y asentamiento del derecho reconocido en el artículo 24 de la CE. Presumir que tal exigencia constitucional se ha satisfecho plenamente podría conducir a su relegación entre las preocupaciones reformadoras, siendo como es el eje protagonista de los procesos judiciales¹². A decir verdad, no parece que los promotores de esta nueva reforma procesal hayan descuidado ese flanco de la justicia, pues son fácilmente perceptibles sus llamadas a la observancia del principio de no indefensión o de otros muchos ingredientes de la tutela judicial efectiva. En todo caso, la búsqueda tan explícita de eficiencia no tendría sentido si no se barajara entre los bienes preferentes de la justicia el de celeridad, y, a la postre, si no se participara de algún modo de esa especie de costumbre o inercia social de concentrar en la lentitud y la complejidad los defectos de nuestra organización judicial. Habrá motivos para quejarse de ello, por una u otra razón¹³. Pero las tachas deben hacerse siempre con las debidas cautelas. Es muy probable que gran número de quienes forman parte del servicio público de justicia se empleen a fondo en el cumplimiento de sus tareas, y que no siempre comprendan bien la razón de ser de esas palabras de sentido eminentemente descalificador. Cabría preguntarse también si los restantes poderes del Estado han puesto a disposición de la actividad jurisdiccional todos los mimbres que son necesarios para su correcto funcionamiento. Es posible –por decirlo con otras palabras– que la debida salvaguarda de ese servicio público no dependa exclusivamente del interior del Poder Judicial, ni de la estructura del sistema, sino también de decisiones o actitudes externas.

¹¹ Vid. Amrani Mekki (2019).

¹² En honor a la verdad ha de decirse que, a la hora de presentar formalmente las razones de esta iniciativa gubernamental de reforma en pos de la eficiencia organizativa y procesal, se recuerda que España había asumido ante la Unión Europea el compromiso de preparar una «Ley de eficiencia procesal, a fin de acortar la duración de los procedimientos en todas las jurisdicciones, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos». Estrictamente, y afortunadamente, no hay olvido respecto de ese bien constitucional.

¹³ Una de esas posibles perspectivas es la que se adopta, por ejemplo, en Moreno Catena (2021).

Bien está que se quiera perfeccionar la administración de justicia, y que a tales efectos se pretendan revisar algunos de sus fundamentos, o que, en un plano más instrumental, se quieran aprovechar para impulsar su funcionamiento los beneficios que pueden derivar de los adelantos técnicos¹⁴. Pero no debiera olvidar el legislador que la labor de mejora debiera empezar por su propia casa, pues la baja calidad de los textos normativos puede entorpecer también la labor de interpretación y aplicación típica de jueces y tribunales¹⁵. Es evidente que el juez no es solo la boca de la ley, pero también es clara e indeclinable su vinculación a los mandatos legales. La existencia de un sistema legal coherente y riguroso es por lo tanto la primera (y probablemente principal) condición para que la labor judicial discorra con paso seguro y en ritmos apropiados. La buena arquitectura de las leyes contribuye, además, al cumplimiento voluntario de sus prescripciones. Ayuda, en definitiva, a reducir la tasa de litigiosidad y, en consecuencia, a la minoración o cuando menos ralentización de la correspondiente carga procesal.

2. Causas, fines y ámbito legal de la reforma

Como en buena lógica tendría siempre que suceder, para la identificación de causas, fines y focos de atención de esta nueva reforma jurisdiccional reviste bastante interés lo que se consigna en los preámbulos de los correspondientes proyectos de ley, que afortunadamente se nos ofrecen en extensión relativamente moderada, al menos en comparación con lo que viene siendo frecuente en las disposiciones legales más modernas. Es verdad que no son dos proyectos equiparables desde esta particular perspectiva, pues la apreciable contención del preámbulo en el proyecto de Ley sobre eficiencia organizativa contrasta con la largueza de la parte paralela del proyecto dedicado a la eficiencia procesal. Pero de ambos se puede decir que son textos manejables y útiles, que –sin dejar de incurrir en innecesarias reiteraciones y en justificaciones a veces desmesuradas– aportan orientaciones valiosas sobre el sentido y alcance de esta operación reformadora. No pierda de vista el legislador, en cualquier caso, que un esfuerzo suplementario de filtrado y comprensión –de limpieza en términos de la RAE– les haría ganar bastantes enteros, del mismo modo que una mayor economía de lenguaje les reportaría mejor compostura. Sobre todo, si se redujera la premiosa presentación de un articulado que el lector puede encontrar de modo más fiel en la parte normativa de cada uno de los proyectos en cuestión. Nada de ello significa, no obstante, que sea desaconsejable su lectura.

Está claro –como ya pudimos adelantar– que el detonante más inmediato y de mayor potencia de la remisión de estos proyectos legales a las Cortes Generales radica en los

¹⁴ Vid. Pereira Puigvert y Pesqueira Zamora (2023).

¹⁵ Vid. Merino Merchán (2023).

compromisos asumidos por el Gobierno español frente a las instituciones comunitarias a través del PRTR, en el que la «Reforma para el impulso del Estado de derecho y eficiencia del servicio público de la justicia» constituye el hito CID (*council implementation decision*) 152 de la medida C11.R2, cuyo cumplimiento se había previsto para el cuarto trimestre de 2022 («a más tardar el 31 de diciembre de 2022», según el apunte literal de la documentación de referencia). De acuerdo con esa programación, los responsables gubernamentales de España habían de preparar, efectivamente, una «Ley de eficiencia procesal, a fin de acortar la duración de los procedimientos en todas las jurisdicciones, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos, así como el establecimiento de medios alternativos adecuados de solución de controversias».

La frase es bastante reveladora, por cuanto da a entender que en el plan gubernamental no solo se barajaba la reforma jurisdiccional en sí misma considerada (con el fin preciso de «acortar la duración de los procedimientos»), sino también la reconstrucción, si puede decirse así, de la vía extrajudicial de composición de conflictos («el establecimiento de medios alternativos adecuados de solución de controversias»). Habrá que volver sobre ello, pero en este momento es prioritario poner de relieve que los proyectos de ordenación legal de los que nos venimos ocupando encuentran su razón de ser en circunstancias de variada índole, que, deliberadamente o no, nos ofrecen sus promotores de manera diferenciada, según se trate de «eficiencia organizativa» o de «eficiencia procesal»¹⁶. Para la primera de esas perspectivas, el correspondiente proyecto de ley orgánica, mediante una relación a la que el propio texto da un carácter meramente ejemplificativo al decir «entre otras», alude a una serie de causas que podrían resumirse de la siguiente manera: 1) incremento de la litigiosidad por la mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas; 2) avance espectacular de las tecnologías de la información y comunicación y de las infraestructuras de transporte con sus efectos de mayor movilidad y concentración para la población; 3) obsolescencia del modelo tradicional de «juzgado unipersonal»; 4) escasez de reformas estructurales y organizativas sobre la situación creada a partir de la Ley de 1870; 5) falta de especialización de los juzgados; 6) proliferación de órganos con idéntica competencia en cada partido judicial, con la consecuencia de dispersión de medios y esfuerzos; 7) favorecimiento de la «justicia interina y no profesional» en las reformas de nuestro tiempo, y 8) desigualdades entre órganos judiciales en cuanto a la carga de trabajo y al tiempo de resolución de asuntos.

Por su parte, el preámbulo del proyecto de Ley ordinaria para la eficiencia procesal se refiere a los siguientes motivos, también sometidos a nuestra modesta labor de síntesis y clasificación: 1) insuficiencias estructurales y déficit de recursos con las consiguientes necesidades de corrección; 2) escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han

¹⁶ Una primera aproximación en Alcoceba Gil (2023).

ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público; 3) distancia de la ciudadanía respecto de lo que debería percibir como algo propio, cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido; 4) falta de legitimidad social entendida como confianza y credibilidad que el sistema de justicia debiera generar en la ciudadanía; 5) necesidad de que el funcionamiento de la justicia como servicio público «se produzca en condiciones de eficiencia operativa»; 6) necesidad de trasladar a la Administración de Justicia «la transformación digital de nuestra sociedad»; 7) necesidad de incorporar los valores de solidaridad y de humanismo «entre los que la justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible de la paz social»; 8) propiciar e impulsar la participación de la ciudadanía en el sistema de justicia más allá de la institución del jurado sobre la base constitucional de que la justicia emana del pueblo, y 9) conveniencia de que los ciudadanos «se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia».

A cualquiera se le ocurre que cada uno de estos tópicos podría merecer una reflexión detenida, y que esos diagnósticos y pronósticos del legislador requerirían una cuidadosa labor de ponderación. Pero entrar en esas tareas nos supondría una desviación excesiva de nuestro propio sendero, que debe orientarse más bien hacia los designios o fines de la reforma, respecto de los que de nuevo vale la pena distinguir entre la «eficiencia organizativa» (proyecto de ley orgánica) y «eficiencia procesal» (proyecto de ley ordinaria). Para el primero de esos planos, el legislador ha previsto concentrar sus esfuerzos en tres objetivos: 1) especialización de los órganos judiciales acompañada de la necesaria adecuación de los medios personales y materiales que los apoyan en el cumplimiento de la función jurisdiccional; 2) mayor homogeneidad de las prácticas y comportamientos de los órganos judiciales y de las oficinas judiciales, para aportar así «mayor previsibilidad, accesibilidad y proximidad» y «seguridad y confianza a la ciudadanía y a los y las profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia», y 3) mejora de la capacidad organizativa del sistema de justicia, «entendida como cualidad de la organización judicial y de las oficinas judiciales para adaptar de forma flexible su respuesta a las necesidades cambiantes de la sociedad». A fin de cuentas, lo que quiere manifestar el legislador es que «el modelo de organización judicial basado en el tradicional juzgado unipersonal» está condicionando «las posibilidades de lograr un servicio público de justicia más eficiente», y que en lugar de seguir la senda de incremento continuo del número de órganos judiciales (y de recurrir a «la justicia no profesional»), se debe proceder a organizar «una Administración de Justicia fuerte y capaz de afrontar los retos que plantea nuestra sociedad» a partir de la experiencia acumulada en los últimos años, especialmente en el terreno de la oficina judicial y la gestión procesal mediante el uso de las nuevas tecnologías.

En el campo de la eficiencia procesal, al correspondiente proyecto de ley parece interesarle sobre todo –en línea con aquella programación del PRTR– «la inserción en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, de otros medios adecuados

de solución de controversias en vía no jurisdiccional», bajo la suposición de que «con la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado», se cumple una máxima que los promotores del proyecto predicán «de la Ilustración y del proceso codificador», a saber: «que antes de entrar en el templo de la justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia». Al parecer, también se pretende actuar en esa dirección con el convencimiento «de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil». Esas premisas suponen –a juicio del promotor gubernamental– que «el servicio público de justicia debe ser capaz de ofrecer a la ciudadanía la vía más adecuada para gestionar su problema», que «en unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción». A la postre se trata de «potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral», y, de forma más general, de favorecer los denominados «métodos alternativos o adecuados de solución de controversias», en los que –al decir del propio preámbulo–:

[...] se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente por el papel negociador de la abogacía que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores y procuradoras de los tribunales, las personas profesionales de la mediación, los graduados y graduadas sociales, los notarios y notarias y los registradores y registradoras de la propiedad, amén de otros muchos profesionales¹⁷.

Siéndole claro «que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales», también parece ser evidente para los promotores del proyecto que:

[...] la justicia no es únicamente la «administración de la justicia contenciosa», sino más bien «todo un sistema que se enmarca dentro del movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil»¹⁸.

¹⁷ El proyecto declara a este respecto haber tomado en consideración:

[...] que el Código Deontológico de la Abogacía Española establece como prioritaria, y característica de la actuación profesional, la función de la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes [y que] el propio Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, define el contenido de esta profesión como la actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a dos objetivos que plasma en pie de igualdad: la concordia y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

¹⁸ Situados en esa lógica, se comprende con cierta facilidad que tales aseveraciones aparezcan acompañadas en el propio preámbulo del proyecto de Ley de eficiencia procesal por un reconocimiento explícito de la «función de servicio a la ciudadanía» de los colegios profesionales, por una alusión directa a los

Con este fin, «se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado»¹⁹.

Que la mediación puede ser una vía de mucha utilidad para la solución de conflictos entre sujetos que puedan transigir acerca de sus derechos e intereses legítimos es algo incontestable, pero que «el servicio público de justicia» deba ofrecer a la ciudadanía tanto la clásica vía judicial como la más moderna de los «métodos alternativos», expresión muy en boga y de origen probablemente foráneo²⁰, entra por naturaleza en el terreno de lo discutible. A menos que se dé un cambio radical a la idea de jurisdicción y a nuestra concepción tradicional del poder judicial. De cualquier modo, lo cierto es que los proyectos de ley en cuestión contienen tanto «medidas de agilización de los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales», que habrán de plasmarse en la pertinente reforma de las correspondientes leyes procesales sin descuidar las necesidades de modificación que ello suponga para las «leyes sustantivas» de referencia²¹, como una regulación de contornos generales de los medios extrajudiciales o alternativos de solución de conflictos. También se pronuncian por la reforma de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, y algo similar podría haberse dicho para la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Lo que está por ver es si el hecho de que una misma disposición legal se ocupe al mismo tiempo de la reforma de los cauces judiciales y de la ordenación general de los extrajudiciales significa *per se* que estos últimos queden insertos propiamente en el «sistema de justicia». Es obvio que el medio extrajudicial puede ser un paso previo al medio judicial, y seguramente es bueno que el orden legal de los procedimientos judiciales ofrezca suficiente holgura para incidentales acuerdos entre las partes litigantes. Pero cosa distinta es que la ordenación de las vías extrajudiciales sea en sí misma ordenación de la administración de justicia.

«mecanismos de solución de controversias» ofrecidos por esas instituciones y por una disposición a la remuneración de la actividad negociadora desplegada por la abogacía, «incluso en los casos en los que se intervenga por designación en el turno de oficio».

¹⁹ Reconoce el proyecto que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pese a nacer «con la vocación decidida de asentar en nuestro país la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias», no ha conseguido ver desarrollada toda su potencialidad, y trae a colación en ese contexto diversos documentos de la Unión Europea (como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, de fecha 26 de agosto de 2016 o la Resolución de 12 de septiembre de 2017 del Parlamento Europeo) por su interés para tomar conciencia del funcionamiento práctico de los sistemas nacionales de mediación y del estado de la cuestión en ese ámbito supranacional.

²⁰ *Alternative dispute resolution* (ADR), en terminología inglesa.

²¹ Concretamente, de la Ley de enjuiciamiento criminal, la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) y la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

3. Líneas medulares de las reformas proyectadas para la eficiencia organizativa y procesal

Partiendo de que las reformas efectuadas durante las últimas décadas en el sistema judicial español «apenas han modificado la estructura de la organización de los tribunales», y de que desde el siglo XIX «el primer escalón de acceso a la justicia para la ciudadanía» sigue estando ocupado por «órganos unipersonales» (juzgados), el proyecto de Ley de eficiencia organizativa propugna un «cambio de modelo organizativo» para que «el primer nivel de organización judicial opere de forma colegiada, como también ocurre en las demás instancias judiciales, en la misma línea que otros países de nuestro entorno democrático». A tal fin, se retoma la figura de los «tribunales de instancia»²², que a juicio de los promotores de este cambio organizativo ni supone afectación al orden constitucional de distribución de competencias ni contradice las previsiones y exigencias de la Constitución de 1978 en materia jurisdiccional. Para el proyecto de Ley de eficiencia organizativa, el establecimiento de tribunales de instancia en ese primer nivel jurisdiccional puede ayudar no solo a simplificar el acceso a la justicia, sino también a corregir «las disfunciones derivadas de las diferentes formas de proceder en aspectos puramente organizativos y procedimentales». Entre otras razones, porque esos nuevos órganos colegiados podrán contar con el apoyo «de unas oficinas judiciales que hoy se redefinen y reestructuran en unidades procesales de tramitación y en servicios comunes».

La segunda pieza de la reforma en este mismo plano organizativo —o más bien «orgánico»— es lo que sus promotores llaman «evolución de los juzgados de paz a modernas oficinas de justicia en los municipios», una operación que los impulsores del proyecto de reforma han diseñado para «ofrecer una justicia más próxima y sostenible, que aproveche los beneficios de los desarrollos operados en el ámbito de las nuevas tecnologías». Después de recordar que los jueces de paz «fueron concebidos por la primera Ley de enjuiciamiento civil española con la finalidad de asumir las competencias jurisdiccionales que, hasta ese momento, desempeñaban los alcaldes»²³, constata y declara el proyecto de Ley de eficiencia organizativa que, habiendo perdido progresivamente la mayor parte de sus competencias²⁴, constituyen sin embargo un instrumento que mantiene su utilidad para garantizar una prestación básica del servicio público de la justicia en el conjunto del territorio nacional, bien es cierto que tras una profunda remodelación. Esa es la razón, en definitiva, de que el

²² Tras el precedente de los trabajos preparatorios realizados durante la IX legislatura y alguna otra posterior.

²³ Creados por Real Decreto de 22 de octubre de 1855 «en todos los pueblos de la Monarquía en que haya Ayuntamientos, con las atribuciones que disponga la susodicha Ley de enjuiciamiento civil».

²⁴ Limitadas por la LOPJ vigente a funciones prácticamente residuales, como el conocimiento en primera instancia de los asuntos de cuantía no superior a 90 euros, el cumplimiento de exhortos para realizar actos de comunicación y la participación en el Registro Civil.

mencionado proyecto legal prevea la sustitución de tales instancias por «oficinas de justicia» sitas en esas mismas demarcaciones municipales, como un primer escalón en la estructura administrativa de la jurisdicción que, además de aprovechar «las actuales secretarías de los juzgados de paz», serviría como base para ampliar el «catálogo de gestiones dentro de la Administración de Justicia» en ese radio municipal. De ese modo, la justicia de paz daría paso a una nueva estructura organizativa que, con las oportunas mejoras «en la gestión de los recursos humanos y materiales», podría evitar «que quienes se encuentran en estos municipios tengan que desplazarse a las capitales para realizar aquellas gestiones ante la Administración que actualmente tienen que llevar a cabo presencialmente». Máxime cuando las ya citadas oficinas de justicia podrían disponer de los medios tecnológicos necesarios para realizar «a distancia» la práctica de actos procesales correspondientes a órganos de nivel superior y para hacer viable la intervención de los interesados en esos procedimientos. Como complemento de todo ello, el proyecto de ley también contempla «la conclusión de los trabajos de desarrollo e implantación» de la oficina judicial nacida de la reforma del año 2009, «adaptada a esta nueva organización judicial».

No sabemos de momento en qué estado quedarán finalmente estos proyectos, ni tampoco estamos en condiciones de hacer muchas cábalas acerca de su grado de acierto en el diagnóstico de la situación y en la selección de las medidas paliativas. Pero no cabe duda de que los planes de reestructuración orgánica de nuestra jurisdicción ordinaria revisten una dimensión considerable, aun cuando se limiten a sus escalas inferiores y a sus instrumentos complementarios. En cualquier caso, mucho más ambiciosa en su recorrido material y funcional es la reforma emprendida bajo el lema de «eficiencia procesal», que se despliega básicamente en dos direcciones: de un lado, la ordenación legal «de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional»; de otro, la introducción de modificaciones de distinta índole en las normas reguladoras de los procesos judiciales, particularmente en lo que respecta al enjuiciamiento civil. El primero de esos apartados –referido a lo que en el contexto de estos proyectos legales tal vez pudiéramos llamar «justicia extrajudicial»– se resume a la postre a la gestación de cuatro operaciones normativas que el proyecto gubernamental parece concebir como otras tantas manifestaciones de su propósito esencial de promover el uso de esos medios extrajudiciales: 1) la elaboración de una regulación *ex novo* capaz de ordenar con carácter general las vías no jurisdiccionales de solución de conflictos dentro de nuestro sistema; 2) la inserción en la regulación de los procesos judiciales de nuevos y mayores márgenes para el acuerdo entre las partes litigantes; 3) la reforma de la vigente ordenación legal de la mediación para conectarla mejor con el ejercicio en sede judicial de las correspondientes acciones, y 4) el ajuste de ciertos pasajes en las normas legales sobre jurisdicción voluntaria²⁵.

²⁵ Vid. los comentarios a este apartado del proyecto de Castillejo Manzanares (2022).

Por sus propósitos innovadores (y por el grosor de su respaldo retórico a través del correspondiente preámbulo normativo), podría pensarse que es la primera de esas tareas la de interés prioritario para el legislador. Sorprenden además sus aparentes pretensiones de generalidad, aunque inmediatamente queden contrarrestadas por los numerosos recortes introducidos en su ámbito de aplicación. En realidad, la reforma queda ceñida en este punto a la solución de los asuntos civiles y mercantiles (nacionales o de carácter transfronterizo), opción que, de todos modos, es comprensible. Son muy razonables, en efecto, los motivos que aducen los propios autores del proyecto para confeccionar su lista de exclusiones, que alcanza a los siguientes supuestos: 1) a «las materias concursal y laboral» (en tanto que ya cuentan con cauces propios para la solución pactada); 2) al proceso penal («en el que no rige el principio dispositivo»); 3) a los asuntos «de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público» (a la espera de una futura regulación específica y diferenciada por el interés general subyacente en ese tipo de controversias); 4) a «los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes» (pues no cabe la transacción), y 5) a «las materias excluidas de la mediación» conforme a la legislación orgánica del poder judicial (lo cual no es más que una reiteración de opciones legales previas).

Limitado, pues, su radio de acción a los asuntos civiles y mercantiles, el proyecto de Ley de eficiencia procesal parece dar a los medios no judiciales de solución de conflictos la condición esencial de trámites previos al proceso (o medios de evitación del proceso), dotados de una regulación legal expresa en la que su aspecto cardinal acaso sea el relativo a la formalización y eficacia de los acuerdos alcanzados, pero que, de cualquier modo, también se preocupa de otros muchos aspectos de ese procedimiento voluntario de composición de controversias, como la asistencia letrada a las partes en conflicto, la eventual concesión del beneficio de justicia gratuita, la posibilidad de uso de medios telemáticos o la protección de datos personales. Por lo demás, la utilización efectiva de estos cauces extrajudiciales se refuerza mediante diversas técnicas jurídicas, entre las que figura una singular aplicación del deber de buena fe procesal, la acuñación de un concepto *ad hoc* de abuso del derecho o la adaptación de las reglas de imposición de las costas del juicio.

El segundo apartado de la reforma proyectada en este plano de la «eficiencia procesal» supone, como anunciamos un poco más arriba, la introducción de modificaciones de diverso tono y contenido en las normas reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales²⁶. Quizá la parcela de esta proyectada reforma procesal que en mayor medida entronque con

²⁶ Algunas de ellas, por cierto, profundizan en la línea emprendida por la disposición adicional quinta de la Ley orgánica 3/2007 para incorporar a la legislación procesal el principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres, o, por decirlo de manera más exacta, el principio de conciliación de la vida laboral y familiar, en este caso en relación con las tareas profesionales de abogados, procuradores y graduados sociales, para quienes –a diferencia por ejemplo del personal de la Administración de Justicia– la cobertura legal de tales derechos no proviene tanto de su estatuto legal cuanto de la normativa procesal.

esos fines de eficiencia sea la que gira en torno al objetivo de «mayor agilización en la tramitación de los procedimientos judiciales», que incide en el terreno que trató de acondicionar en su momento la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y que entraña diversas modificaciones en las normas procesales vigentes. Por lo pronto, en la Ley de enjuiciamiento criminal, para acomodar el régimen de requisitorias y de llamamiento por edictos a los nuevos sistemas de registro, para mejorar la regulación de la información de derechos y ofrecimiento de acciones a cargo de la policía judicial, para evitar reiteración de trámites o abreviar otros tantos, para introducir una «audiencia» con la finalidad de admisión de pruebas y de alcanzar «una posible conformidad», o para ordenar la fase de ejecución penal, por ejemplo. Adicionalmente, en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para facilitar y hacer más ágil tanto la tramitación de los pleitos como su resolución «sin merma de las garantías del justiciable», para posibilitar que la primera comparecencia en fase de recurso no quede limitada a la presentación del escrito de personación, para introducir el deber de las partes de personarse ante el órgano judicial competente tras una declaración de falta de competencia por el órgano previamente designado, o para disponer que el expediente administrativo sea remitido por la Administración en soporte electrónico, entre otras novedades.

Pero, como no podía ser de otro modo, las mayores dosis de incidencia de esta nueva reforma hay que anotarlas del lado de la LEC, cuyas reformas tienen siempre el valor añadido de su potencial proyección sobre el conjunto del sistema jurisdiccional, por remisión o por supletoriedad. Respecto de ese texto legal, el proyecto de Ley de eficiencia procesal declara su propósito de «agilizar alguno de sus trámites, reforzar las garantías de sus procesos y adaptarla tanto a las necesidades de la sociedad actual como a las de la propia Administración de Justicia». Su recorrido material, siempre dentro de ese terreno del proceso civil u ordinario, es especialmente extenso y de incuestionable intensidad. Dos aspectos caben destacar en tal sentido. El primero de ellos se refiere al fenómeno –parece que de creciente actualidad– habitualmente conocido como «litigación en masa», que, como el lector podrá intuir, en este contexto aparece conectado particularmente a la conflictividad generada por las «condiciones generales de la contratación», por el volumen alcanzado en los últimos lustros y por sus ineludibles efectos sociales. Para hacerle frente, el proyecto de eficiencia procesal ha optado por utilizar la figura del «procedimiento testigo», que implica, en síntesis, la identificación de un procedimiento que pueda actuar de modelo o «testigo», la suspensión de los restantes procedimientos promovidos con identidad de razón, el requerimiento a los afectados para que decidan sumarse o no a la sentencia dictada en el procedimiento de referencia, y, finalmente, la apertura en su caso de un trámite de solicitud de «extensión de efectos» de la sentencia guía²⁷. El propósito, naturalmente, es disminuir la carga de la actividad jurisdiccional, evitar la tramitación simultánea o sucesiva de procedimientos judiciales sustancialmente idénticos y, a fin de cuentas, optimizar las virtudes

²⁷ Vid. Valbuena González (2022).

del principio de economía procesal²⁸. Se concibe, sobre todo, para agilizar la solución de aquellos procedimientos en los que se demande la nulidad de condiciones generales de la contratación por abuso de posición, bajo el presupuesto de que en ellos tan solo hay que efectuar una valoración de «elementos objetivos» que puede hacerse por una sola vez con virtualidad para los restantes casos planteados²⁹.

El segundo punto dotado de especial protagonismo en la reforma del enjuiciamiento civil es el relativo a la reforma del recurso de casación, al que se intenta dotar de mayor agilidad mediante diversos ajustes, sobre la base de que «el modelo» instaurado en el año 2000 –que condujo a la separación entre infracciones sustantivas e infracciones procesales– «no ha llegado a ser desarrollado tal y como fue concebido». Para el proyectista de la reforma, el recurso de casación civil debe ser revisado a la vista de «las importantes disfunciones que presenta», habida cuenta que tanto las partes como los tribunales «tienen cada vez más difícil deslindar nítidamente las normas sustantivas de sus implicaciones procesales a efectos de los recursos extraordinarios». En consecuencia, entiende el promotor gubernamental de estas modificaciones que «es imprescindible dar al recurso de casación el tratamiento que reclama su naturaleza de recurso extraordinario», bajo la premisa de que «es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo» en la que se insiste «en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación», muy lejos de ser, en buena lógica, «una tercera instancia en la que el recurrente pueda someter al Tribunal Supremo la decisión del conflicto con plenitud de cognición». A tal fin, el proyecto de eficiencia procesal propone básicamente lo siguiente: 1) unificación del recurso en torno al interés casacional de la interpretación de las normas en disputa, sustantivas o procesales; 2) fortalecimiento de la idea de interés casacional como símbolo paradigmático de la función social del Tribunal Supremo y simplificación de su definición; 3) acortamiento de los plazos previstos para algunos trámites intermedios como el de personación o el de la eventual audiencia de las partes personadas; 4) aceleración de los tiempos de respuesta mediante «la adaptación del sistema civil al modelo más moderno de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social», y 5) posibilidad de dar respuesta al recurso mediante auto cuando exista doctrina jurisprudencial sobre la cuestión planteada y la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina.

²⁸ Dicen significativamente los redactores del proyecto que:

[...] existen importantes razones para incorporar este sistema a nuestra regulación procesal civil en esta materia concreta ya que, en muchas ocasiones, los actores utilizan demandas o plantillas iguales o similares para el ejercicio de las mismas pretensiones, de modo que un universo muy amplio de perjudicados termina litigando con demandas prácticamente idénticas [para añadir que] de hecho, se ha generalizado un modo de litigación en masa en el que se utilizan plataformas informáticas no solo para captar clientes, sino también para la gestión de las demandas en las distintas fases.

²⁹ Según los promotores de la reforma, «el mecanismo procesal de extensión de efectos» es un producto importado de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, teniendo en cuenta «la regulación actual de la extensión de efectos en acciones colectivas se ha mostrado claramente insuficiente».

Además de esos dos puntos principales, el proyecto de eficiencia procesal entraña una muy densa y cuantiosa serie de actuaciones sobre la actual regulación del proceso civil. Se centran sobre todo en dos parcelas: el juicio verbal y la ejecución. Para el primero, se amplían las materias susceptibles de tramitación con independencia de su cuantía, se actualiza por elevación la cuantía de referencia para transitar por esa vía judicial, se atribuyen al órgano judicial nuevas facultades para denegar la celebración del acto de la vista aun cuando las partes la hubieran solicitado y se abre la posibilidad de que se dicten sentencias orales. Para la segunda, se simplifican las condiciones de imposición de pagos periódicos, se permite la mediación o el uso de otros medios voluntarios de solución de controversias, se perfeccionan los trámites de desarrollo de la subasta judicial electrónica, se agiliza los pasos posteriores a la subasta, se facilita la competencia en esa fórmula de realización de los bienes del deudor, se amplían las posibilidades de proceder a la cesión de remate y, en fin, se refuerza el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en todo ese contexto. Por lo demás, la reforma proyectada clarifica el efecto de cosa juzgada en los juicios de desahucio por falta de pago o expiración del plazo, suprime la condena al pago de las costas procesales en ejecuciones provisionales en determinadas condiciones, agiliza los procedimientos de división judicial de la herencia y de acumulación en un único procedimiento de los procesos de liquidación del régimen económico matrimonial y de división judicial de la herencia de causantes unidos en matrimonio, y adapta el sistema de recursos contra las resoluciones de los letrados y las letradas de la Administración de Justicia a la doctrina constitucional³⁰. Una reseña especial merece el propósito del proyecto de eficiencia procesal de mejorar la articulación entre nuestro sistema jurisdiccional y el sistema europeo de derechos humanos³¹.

4. El impacto de la reforma orgánica en el ámbito de la jurisdicción social

Al orden jurisdiccional social se refiere de manera directa el proyecto de Ley ordinaria de eficiencia procesal, que –sin perjuicio del impacto general de muchas modificaciones de

³⁰ El proyecto cita a estos efectos las SSTC 58/2016, de 17 de marzo (a propósito del recurso de revisión contra el decreto resolutivo de la reposición), 34/2019, de 14 de marzo (a propósito de la jura de cuentas), y 15/2020, de 28 de enero (de nuevo sobre el recurso de revisión contra el decreto resolutivo de la reposición).

³¹ Las innovaciones de la reforma a este respecto tratan sobre todo de dar participación a la Abogacía del Estado en algunas de las formas de cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya sea para que pueda intervenir como *amicus curiae* en el proceso de revisión de la sentencia dictada en nuestro ámbito interno, ya sea para que asista al Estado a la hora de alcanzar un «acuerdo amistoso» con quien demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos casos en los que la jurisprudencia consolidada de dicho tribunal da la razón al demandante, en los términos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

la LEC—contempla en un apartado específico la modificación de numerosos pasajes de la LRJS, a los que nos referiremos después. No ocurre lo mismo con el proyecto de Ley orgánica de eficiencia organizativa, que concentra sus esfuerzos en la reforma de la LOPJ y de algunos otros textos legales conexos. De todas formas, la afectación al orden social por parte de este otro componente de «la reforma de la eficiencia del servicio público de justicia» también es patente, y muy significativa. A veces queda plasmada de modo explícito y singularizado, como ocurre con la proyectada reforma de algunos de los preceptos de la LOPJ que se refieren justamente al orden social de la jurisdicción. Otras veces, las más numerosas, el impacto sobre el orden jurisdiccional social es sencillamente el resultado de su pertenencia a una estructura más amplia, esto es, por su condición de integrante del Poder Judicial. Como no podía ser de otro modo, los cambios proyectados para el conjunto de la jurisdicción ordinaria (en el sentido de jurisdicción diferenciada de la constitucional) van a tener efectos en nuestro particular orden jurisdiccional, bien es verdad que en cuantía e intensidad variable.

La modificación en el proyecto de Ley de eficiencia organizativa de preceptos de la LOPJ referidos específicamente al orden jurisdiccional social no tiene en realidad más pretensión y trascendencia que la aplicación a los correspondientes pasajes legales de los criterios de uso de la lengua que quiere promover con carácter general esta operación reformadora, que ha optado por adecuar la terminología legal para referirse simultánea y sistemáticamente a «jueces y juezas» y a «magistrados y magistradas», y que en el ámbito del proceso laboral ha decidido utilizar la doble invocación de «trabajador y trabajadora», «trabajadores y trabajadoras», «empresario y empresaria» y «empresarios y empresarias», además de depurar los pasajes legales referidos al «secretario judicial» no solo para acoger el cambio de denominación de esa figura operado en el año 2015, sino también para incorporar la mencionada duplicidad terminológica y hablar de manera generalizada de «letrado» y/o de «letrada». En la reforma de la LOPJ ahora proyectada, los cambios aludidos se dejan notar, concretamente, en su artículo 25, cuando tipifica las competencias de los tribunales españoles en los casos en que concurre algún elemento de extranjería, y en su artículo 75, cuando delimita el ámbito de competencia funcional de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia. Se trata sencillamente de la recepción legal del denominado lenguaje inclusivo³².

Mayor fondo presentan las reformas de carácter estructural que se proyectan para la organización y planta de los órganos judiciales y que, lógicamente, no han podido dejar al margen el orden jurisdiccional social. Como ya tuvimos ocasión de anunciar, el eje de estas otras reformas es desde luego la creación de los tribunales de instancia (TI), junto a los que también se implanta un tribunal central de instancia con competencias más selectivas³³. Los

³² Con alusión expresa al Real Decreto-Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

³³ En materia penal y contencioso-administrativa, y potencialmente algunas otras, pero con exclusión de lo social.

TI se diseñan en este proyecto de ley como órganos judiciales de carácter colegiado, reservados para el primer escalón judicial, con jurisdicción en el correspondiente partido judicial y con sede en la ciudad que haga de capital en ese ámbito territorial, de la que habrá de tomar su nombre. En principio quedarían integrados por una sección única («de civil y de instrucción»), pero en los supuestos que se determinen legalmente –a través de la Ley 38/1988, de demarcación y de planta judicial– se formarían con sendas secciones para cada una de esas dos materias, y en ciertos casos podrían tener además secciones para otros asuntos (familia, de lo mercantil, violencia sobre la mujer, enjuiciamiento penal, menores, vigilancia penitenciaria, de lo contencioso-administrativo o de lo social). Las secciones tendrían jurisdicción en uno o varios partidos judiciales de la misma provincia o de varias provincias limítrofes dentro del ámbito de un mismo tribunal superior de justicia.

Para el terreno social, el proyecto de eficiencia organizativa prevé con carácter general una sección específica dentro de todos los TI que tengan sede en la capital de cada provincia, con jurisdicción en toda ella, aunque también se contempla –sería impensable otra cosa por razones de todos conocidas– la posibilidad de que se establezcan secciones de lo social en TI con sede en poblaciones distintas de la capital de provincia, con jurisdicción en el ámbito territorial que a tal efecto se delimite. Excepcionalmente, las secciones de lo social podrían extender su jurisdicción a dos o más provincias dentro de la misma comunidad autónoma. El arco material de competencias de las secciones de lo social de los TI se extendería a todos aquellos asuntos que, siendo propios del orden jurisdiccional social, no estuvieran atribuidas a órganos judiciales de nivel superior.

Como puede apreciarse, la sección de lo social de los TI se concibe como sucesora neta y directa de los actuales juzgados de lo social, tanto por su ubicación como por sus competencias, pero con algunas novedades de relieve. La primera diferencia estriba naturalmente en su configuración orgánica, pues de ser órgano unipersonal con fisonomía propia pasaría a ser parte de un órgano colegiado (sin impacto no obstante en la condición formal de sus titulares, que son y seguirían teniendo la cualidad de «magistrado»). La segunda novedad (tal vez el paradigma de la reforma) radica en las tareas propias de las personas situadas al frente de las correspondientes secciones, respecto de las que podrían entrar en juego determinadas previsiones del proyecto de ley que ahora nos ocupa, cuya activación queda en manos del Consejo General del Poder Judicial, previo informe o audiencia de la correspondiente sala de gobierno y de alguna otra instancia; previsiones que podrían significar cierta transformación respecto de la tradicional fisonomía de nuestra jurisdicción social³⁴ y que, en todo caso, hacen depender su virtualidad de la hipótesis de que dentro de una misma circunscripción existiera más de una plaza judicial adscrita al organigrama de la misma sección.

³⁴ Sobre la concepción y configuración de este particular orden jurisdiccional en el sistema jurisdiccional español, *vid.* Martín Valverde (1994).

Las citadas previsiones encierran a la postre dos posibilidades: 1) que una o varias de las personas destinadas en tales plazas:

[...] asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan,

y 2) que se acuerde:

[...] la especialización de una o varias plazas judiciales de tribunales de instancia de la misma provincia y del mismo orden jurisdiccional, estén o no en el mismo partido judicial y, si no lo estuvieran, previa delimitación del ámbito de competencia territorial, asumiendo por tiempo determinado las personas destinadas en ellas el conocimiento de determinadas materias o clases de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que de los mismos dimanen, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes constituidos o que al efecto se constituyan.

También prevé el proyecto de Ley de eficiencia organizativa la eventualidad de que se aprueben «planes de sustitución que incluyan varios partidos judiciales, asumiendo la Presidencia del tribunal de instancia del partido judicial con más habitantes las labores propias que le encomienda la presente ley». Numerosas reglas transitorias atienden al complicado proceso de reconfiguración orgánica que todo ello podría implicar³⁵.

5. Ajustes incidentales en la regulación del proceso laboral

Los objetivos generales del proyecto de Ley de eficiencia procesal –que su mismo preámbulo sintetiza en «la agilización de los procedimientos, la sostenibilidad de los recursos existentes y la potenciación de acuerdos a través de la labor del letrado o la letrada de la Administración de Justicia posibilitando la anticipación de la conciliación»– son aplicables también al orden jurisdiccional social, al igual que lo son, en la medida pertinente, los cambios planificados para la regulación del enjuiciamiento civil cuando hace valer su condición de norma supletoria de la legislación reguladora de la jurisdicción social (o cuando se toma como referencia normativa por vía de remisión)³⁶. Pero el mencionado proyecto de ley

³⁵ La reforma se completa con las pertinentes modificaciones en la Ley 38/1988, de demarcación y de planta judicial, según la cual: 1) tienen jurisdicción en el ámbito de su respectiva provincia [...] las secciones [...] de lo social; 2) las secciones de los TI con jurisdicción provincial tienen su sede en la capital de provincia, y 3) serán plazas de magistrados [...] las que integran las secciones [...] de lo social.

³⁶ Para un primer balance de los cambios proyectados para el proceso civil, *vid.* Domínguez Ruiz (2023).

también contempla cambios específicos para la regulación del proceso laboral (más alguna incursión en el territorio de la protección social), con ánimo declarado de profundizar «en los avances conseguidos por la Ley 36/2011» y con algunos objetivos más localizados, como el de «agilizar la resolución de procedimientos con idéntica causa, evitar duplicidades y pronunciamientos incompatibles o contradictorios», el de impulsar los actos de conciliación en el inicio o desarrollo del proceso, o el de evitar dilaciones y suprimir innecesarios trámites en la admisión de la demanda y la preparación de las pruebas. Todos estos objetivos han tenido algún grado de traducción en el articulado programado por el proyecto, que en cualquier caso ofrece otras muchas novedades³⁷.

Por lo pronto, veamos lo que se propone a la luz de esos tres objetivos expresamente enunciados por los promotores de la reforma. El primero de ellos (aglutinar procedimientos con identidad de razón y evitar duplicidades y contradicciones) ha conducido a una serie de ajustes en las reglas sobre acumulación de la legislación procesal laboral, referidas, como sabemos, a las acciones, a los procesos (o demandas), a los recursos y a los trámites de ejecución, y concentradas en los artículos 25 a 41 de la LRJS, a los que habría que añadir algún otro pasaje de ese mismo texto legal. En este terreno, los ajustes propuestos por la reforma se pueden compendiar de la siguiente manera: 1) intensificación de las prescripciones sobre acumulación de acciones hasta el punto de que en su defecto pueden conducir a una acumulación de procesos por decisión judicial salvo cuando pudiera ocasionar «perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes»; 2) se imponen ciertos deberes a las partes en los supuestos de demandas derivadas del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional no concentradas en el mismo órgano judicial o de impugnación de actos administrativos con pluralidad de destinatarios; 3) se amplía la lista de acciones no acumulables para incluir el trabajo a distancia; 4) se refuerza la regla de acumulación de acciones de despido y extinción del contrato de trabajo con la supresión de la facultad del órgano judicial de disponer otra cosa; 5) se añade la posibilidad de acumular acciones por modificación sustancial de condiciones de trabajo y por despido objetivo con idéntica causa; 6) se incorpora la obligatoriedad a las hipótesis de acumulación de demandas con la salvedad de que ocasionen «perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes»; 7) se prevé la posibilidad de dejar sin efecto «la acumulación efectuada» cuando pudiera ocasionar los ya mencionados «perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes»; 8) se ajusta de nuevo el calendario de fechas y periodos hábiles para las

³⁷ Entre los cambios proyectados se encuentra también la reforma de la Ley 35/2006, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y de otras normas tributarias para revisar las exenciones aplicables a las indemnizaciones compensatorias de daños personales y, dentro estrictamente del terreno laboral, las aplicables a las indemnizaciones por despido:

[...] o cese de los trabajadores y trabajadoras para eliminar cualquier duda interpretativa y confirmar expresamente a nivel legal que no derivan de un pacto, convenio o contrato, las indemnizaciones acordadas ante el servicio administrativo como paso previo al inicio de la vía judicial social.

actuaciones judiciales, y 9) se bloquea el acuerdo de acumulación de recursos en trámite salvo en los casos en que no se hubieran cumplido las pertinentes prescripciones legales o en que se pudieran ocasionar «perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes»³⁸.

El segundo objetivo expresamente declarado por el proyecto de eficiencia procesal para el orden jurisdiccional social era, como vimos un poco más arriba, el de impulsar los actos de conciliación en el inicio o desarrollo del proceso. También se ha plasmado tal objetivo en numerosos ajustes, pero podemos hablar aquí, en esencia, de actuaciones legales en dos planos: la conciliación o mediación como medios de evitación del proceso, por un lado, y la conciliación inmediatamente previa al juicio más la conciliación o mediación durante el juicio, por otro. Para el primero de esos escenarios se han previsto los siguientes cambios: 1) actualización de la lista de supuestos exceptuados de la regla general de conciliación previa y la referencia dentro de la misma a los entes públicos; 2) reformulación de los efectos de la solicitud de conciliación o de mediación en los plazos de prescripción o caducidad; 3) asignación de deberes de información con ocasión de esos trámites previos «a efectos de ulteriores actuaciones judiciales», y 4) ampliación de las hipótesis de imposición de sanciones pecuniarias por incomparecencia injustificada al acto de conciliación o mediación. Para el segundo escenario las modificaciones proyectadas son bastante más discretas, y se han concentrado prácticamente en la remodelación de los trámites del acto de conciliación y de las reglas de intervención del letrado de la Administración de Justicia en el arreglo que pudieran alcanzar las partes en el momento previo al juicio o durante el devenir del proceso.

El tercer objetivo manifestado por los promotores del proyecto –el de evitar dilaciones y suprimir innecesarios trámites en la admisión de la demanda y la preparación de las pruebas– no parece haber tenido una traslación estricta al articulado del proyecto, pero nos da pie para exponer un tercer grupo de ajustes en el desarrollo del proceso que pueden tener alguna relación con esos asuntos: 1) concesión al litigante persona trabajadora de la posibilidad de «elegir en todo momento si actúa ante la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no»; 2) ampliación de las reglas sobre pronunciamiento de «sentencia de viva voz» para precisar sus términos y sus efectos; 3) incorporación de la dirección electrónica al acervo de datos que han de proporcionarse en el primer escrito o comparecencia ante el órgano judicial; 4) previsión de uso de medios electrónicos a la hora de determinar el lugar apropiado para las comunicaciones; 5) precisión de los términos de la comunicación electrónica; 6) remisión expresa a la LEC para las comunicaciones electrónicas; 7) elevación de la cuantía de las multas posibles por mala fe procesal; 8) especificación de las facultades del letrado de la Administración de Justicia en la fase de admisión de la demanda; 9) concreción del papel del representante de los entes públicos en el trámite de señalamiento de los actos de conciliación y juicio, y 10) aceptación de la

³⁸ Con más detalle, Albert Muñoz (2022).

suspensión del juicio por circunstancias personales o familiares de los profesionales de asistencia o representación técnica.

Aún podemos identificar un cuarto grupo de ajustes en el proceso laboral más allá de aquellos tres objetivos. Son ajustes de muy variada condición, que podemos reunir en estos momentos como una especie de cláusula de cierre: 1) asignación definitiva de competencia al orden social en materia de «promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia»; 2) precisión de los deberes de información acerca de tal circunstancia por parte de quien pretenda comparecer en el juicio asistido de abogado, representado técnicamente por graduado social o representado por procurador para salvaguardar la «igualdad de armas»; 3) atribución de carácter preferente al procedimiento de despido en el que la persona trabajadora manifieste falta de tramitación de su baja en la Seguridad Social; 4) apertura de la posibilidad de intervención de la Abogacía del Estado en las demandas de revisión que tengan por objeto dar cumplimiento a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 5) aceptación de la suspensión de los trámites de ejecución por mutuo acuerdo de las partes para someter la discrepancia a procedimiento de mediación; 6) mandato de rechazo de plano y sin sustanciación alguna de la demanda de tercería de dominio cuando no vaya acompañada de un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista y cuando se interponga con posterioridad al momento en que de acuerdo con la LEC se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta, y 7) remisión sin más precisiones a «la legislación procesal civil» para los trámites de realización de bienes objeto de embargo.

6. Otras innovaciones de índole procesal en el orden jurisdiccional social

Junto a esa serie de modificaciones sobre el texto vigente de la LRJS, el proyecto de Ley de eficiencia procesal propone algunos otros cambios que, al menos en una primera lectura de los textos, parecen revestir mayor envergadura. De estas otras propuestas de cambio, la de mayor carga innovadora no es más que consecuencia lógica de una de las reformas proyectadas para el enjuiciamiento civil, y tiene que ver concretamente con la moderna figura del «procedimiento testigo» y con la técnica complementaria de la «extensión de efectos». La otra modificación en el proceso laboral a la que se puede atribuir a nuestro juicio un grado notable de innovación se refiere al proceso monitorio, un cauce procesal especialmente rápido y expeditivo que fue creado precisamente por aquella disposición legal, probablemente por influencia del proceso común, y que parece adquirir con estos cambios mayor empaque o consistencia.

Como el lector se habrá imaginado, las modificaciones proyectadas para el proceso monitorio afectan al artículo 101 de la LRJS, con un alcance que en esencia se podría calibrar a partir de las indicaciones que se exponen a continuación: 1) se eleva de 6.000 a

15.000 euros el tope para la viabilidad de este cauce procesal de carácter más rápido y expeditivo; 2) se suprime la necesidad de existencia de determinados medios de notificación para la viabilidad del proceso monitorio; 3) desaparece asimismo la exigencia de acreditación de intento previo de conciliación o mediación; 4) también lo hace la prohibición de requerir al empresario por edictos tras despacharse la ejecución por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia; 5) deja de admitirse la consignación de la cantidad reclamada como causa de archivo del proceso; 6) se sustituye la interposición de demanda por la posibilidad de convocatoria directa de una vista con la tramitación propia del proceso ordinario para los casos en los que se hubiera formulado oposición en plazo y forma por parte del empresario o en los que no hubiera sido posible la notificación personal del requerimiento de pago.

Por su parte, el así llamado «procedimiento testigo» se incorpora al proceso laboral a través de dos previsiones del proyecto de ley en cuestión. Por una parte, mediante el añadido de un artículo 86 bis a la actual regulación del proceso laboral ordinario, sencillamente para insertar la nueva figura en esa dinámica procesal. De otra parte, mediante una pequeña ampliación de la regla dispuesta por el artículo 191.3 b) de la LRJS a propósito de los supuestos que por su proyección general admiten recurso de suplicación. Conjugando esos dos potenciales añadidos al texto de la LRJS, podríamos decir que la incorporación del «procedimiento testigo» al proceso laboral queda organizada en los siguientes términos: 1) cuando ante un juez, una jueza o un tribunal estuviera pendiente una pluralidad de procesos con idéntico objeto y misma parte demandada, el órgano jurisdiccional, siempre que conforme a la ley no fueran susceptibles de acumulación, deberá tramitar preceptivamente uno o varios con carácter preferente, atendiendo al orden de presentación de las respectivas demandas, previa audiencia de las partes por plazo común de 5 días y suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros; 2) una vez firme la sentencia, se dejará constancia de ella en los procesos suspendidos y se notificará a las partes de los mismos a fin de que, en el plazo de 5 días, puedan interesar los demandantes la extensión de sus efectos, la continuación del procedimiento o bien desistir de la demanda, y 3) cabe recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en aquellas reclamaciones, acumuladas o no, que fueren susceptibles de extensión de efectos.

También se proponen dos nuevos preceptos –los arts. 247 bis y 247 ter– para incorporar a la LRJS la técnica de «extensión de efectos», complemento indispensable, como ya sabemos, de la figura del «procedimiento testigo». Para esta otra operación, que se ubica en el libro dedicado por la LRJS a la ejecución de sentencias y que participa a la postre de las características de esta clase de actuaciones procesales, el proyecto de Ley de eficiencia procesal aporta en definitiva tres grupos de previsiones. En primer término (parte del art. 247 bis), un grupo de reglas sobre el procedimiento que a tal efecto ha de seguirse, que vienen a configurar la extensión de efectos como un particular incidente procesal y que básicamente son las siguientes: 1) la solicitud debe dirigirse al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución cuyos efectos se pretendan extender; 2) la petición debe formularse en escrito razonado junto con acreditación documental de la identidad de

las situaciones comparadas o de la no concurrencia de circunstancias obstativas para la extensión en los términos vistos con anterioridad; 3) antes de resolver dicha petición se deberá dar traslado de la misma a la parte condenada en la sentencia y a los posibles responsables subsidiarios para que en el plazo máximo de 15 días puedan efectuar alegaciones y aportar los antecedentes que estimen oportunos y, de tratarse de una entidad del sector público, para que aporte, en su caso, a través de su representante procesal, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada; 4) de no aceptarse, en todo o en parte, la solicitud de extensión, se pondrá de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de 5 días, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión, salvo que el órgano jurisdiccional, en atención a las cuestiones planteadas o por afectar el asunto a hechos necesitados de prueba, acuerde seguir el trámite incidental previsto en la fase de ejecución de las resoluciones judiciales; 5) el titular del órgano judicial debe dictar auto en el que estime o rechace la extensión de efectos solicitada, sin posibilidad de que en el mismo se reconozcan situaciones jurídicas distintas a la definida en la sentencia firme de que se trate; 6) con testimonio de dicho auto los sujetos a tal efecto reconocidos podrán instar la ejecución; 7) el auto es recurrible conforme a las reglas previstas con carácter general para los autos dictados en ejecución de sentencia, y 8) procede en todo caso recurso de suplicación cuando la pretensión instada en el incidente de extensión de efectos sea susceptible de ello.

En segundo término (también a partir del art. 247 bis), unas cuantas reglas mediante las que se disponen las condiciones necesarias para que una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas pueda extender sus efectos a otras situaciones también susceptibles de esa consideración individualizada, una operación que, como hemos dicho, habría de llevarse a cabo precisamente en la aludida fase de ejecución de sentencia. Las previsiones diseñadas a tal efecto son las siguientes: 1) para proceder a la extensión es necesario que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica, que el órgano judicial sentenciador sea también competente por razón del territorio para conocer de la correspondiente pretensión y que la extensión se solicite en el plazo de 1 año desde la última notificación de esta a quienes hubieran sido parte en el proceso; 2) la extensión deberá rechazarse cuando se apreciare el efecto de cosa juzgada, cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (o, en su defecto, a la doctrina reiterada de la sala de lo social del tribunal superior de justicia territorialmente competente) y cuando para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber sido impugnada jurisdiccionalmente; 3) si la sentencia firme cuya extensión se pretendiera estuviese pendiente de recurso de revisión o de incidente de nulidad, quedará en suspenso la decisión sobre la extensión de efectos hasta la resolución de aquellos otros trámites, y 4) de la misma forma quedará en suspenso dicha decisión cuando estuviera pendiente de resolución un recurso de casación para unificación de doctrina cuyo fallo pudiera resultar contrario a la doctrina determinante de la sentencia firme cuya extensión se pretendiera.

En tercer término (ya con el art. 247 ter), unas previsiones específicas para atender a quienes se hubieran visto afectados por la situación de suspensión que inevitablemente acarrea la selección de un procedimiento testigo para los restantes procesos con identidad de razón. A tal fin, el proyecto de reforma dispone que, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento que se hubiera tramitado con carácter preferente, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia habrá de requerir a esos otros demandantes para que, en el plazo de 5 días, opten entre las siguientes posibilidades: extensión de efectos de aquella resolución, continuación del pleito suspendido o desistimiento de su demanda. La elección de la primera de esas opciones es en principio vinculante para el órgano judicial competente, que deberá acordar la extensión de efectos salvo cuando concurren las ya mencionadas circunstancias obstativas o cuando se aprecie alguna causa de inadmisibilidad en el propio proceso suspendido que impida en ese caso el reconocimiento de la correspondiente situación jurídica. Como en las hipótesis más arriba contempladas, la decisión sobre la extensión de efectos para estos procesos quedará en suspenso cuando estuviera pendiente de resolución un recurso de casación para unificación de doctrina cuyo fallo pudiera resultar contrario a la doctrina determinante de la sentencia firme de la que se espera la extensión.

7. Reflexiones finales

No parece que existan razones determinantes para descalificar de plano las modificaciones propuestas para el servicio público de justicia. Con las cautelas siempre aconsejables en este tipo de operaciones, y sin perjuicio de la labor de depuración que en algunos otros momentos hemos recomendado para los usos del lenguaje³⁹, es posible que con esos cambios se atiendan de manera más apropiada las circunstancias de nuestro tiempo y que, en términos globales, mejore el funcionamiento de la jurisdicción. Tal juicio puede valer para el conjunto del sistema y puede ser pertinente asimismo para el orden jurisdiccional social. En realidad, no es nada fácil aventurar pronósticos acerca del devenir de esta enésima reforma, ni se alcanzan a ver pruebas incontestables para llegar a la conclusión de que la implantación de los TI o la acogida expresa de una figura como la del procedimiento testigo, por poner un par de ejemplos, reporten o dejen de reportar beneficios netos respecto de la situación actual. Probablemente no tenga mucho sentido transitar por esos vericuetos, pero sí puede ser esta una buena ocasión para poner de relieve algunos aspectos mejorables en la ordenación legal de la parcela jurisdiccional más próxima a nuestras preocupaciones, que es justamente la jurisdicción social.

³⁹ En los textos normativos de nuestro tiempo llama la atención sobre todo el papel que con frecuencia se asigna al gerundio, forma o tiempo verbal que expresa duración, o simultaneidad de acciones, y al que no parecen corresponderle funciones de nexa o unión entre frases sucesivas o de encabezamiento de frases subordinadas. También sería deseable mayor esmero en la selección y en la correspondencia de los tiempos verbales, y se deberían evitar las frases construidas con la preposición «a» seguida del verbo en infinitivo (por ejemplo, «diligencias a practicar»).

En ese terreno, no vendría mal seguramente una reforma legislativa que abordara cuando menos los puntos siguientes: 1) la configuración del sistema normativo, con referencia específica al papel regulador de la LOPJ y con mayor precisión acerca de la función de cobertura de la LEC, sometida con carácter general a la condición de compatibilidad y necesitada probablemente de mayores remisiones directas; 2) la relación entre derecho sustantivo y derecho procesal en el ámbito social⁴⁰, cuyos respectivos espacios de juego no siempre se vislumbran con la debida nitidez (como parece obvio en relación con los plazos de ejercicio de las acciones o en materia de despido); 3) la delimitación del ámbito de competencias, donde se echa en falta una definición más actualizada y comprensiva del concepto de rama social del derecho⁴¹ y un listado más elaborado de asuntos y materias; 4) el elenco de modalidades procesales, respecto del que cabe advertir piezas asistemáticas (como el proceso monitorio, la audiencia al demandado rebelde o los procesos de revisión o por error judicial) y en el que deberían tener ubicación algunos otros asuntos (como la impugnación de los laudos arbitrales, las acciones de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador o los contenciosos sobre trabajo autónomo y trabajo en cooperativas); 5) la coordinación interna del subsistema regulador de la jurisdicción social, que puede afectar a reglas de procedimiento (como las de los arts. 4 y 86 LRJS o las de los arts. 16 y 17 LRJS) o a bloques mayores, como es el caso de ciertas modalidades procesales (como las de los arts. 138 y 153 LRJS o las que tienen por objeto la impugnación de convenios colectivos), y 6) la depuración de reglas con prescindible oscuridad, como las relativas a la indemnización por lesión de derechos fundamentales o a la eventual invocación de jurisprudencia del tribunal de justicia con vistas al recurso de casación para unificación de doctrina.

⁴⁰ A ello parece apuntar Monereo Pérez (2011, pp. 13-14).

⁴¹ Que siendo eje del sistema y sustentado históricamente en la idea de «coextensión» cada vez parece más necesitado de reformulación. Sobre su sentido tradicional, *vid.* Alonso Olea y Alonso García (2008, pp. 57 y ss.); Baylos Grau *et al.* (1995, pp. 17 y ss.) y Montoya Melgar *et al.* (2000, pp. 25 y ss.).

Referencias bibliográficas

- Albert Muñoz, M. A. (2022). El proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Previsiones respecto a la jurisdicción social. En M. P. Díaz Pita (Dir.^a), *Horizonte justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del servicio público de justicia* (pp. 304-324). Tecnos.
- Alcoceba Gil, J. M. (2023). La eficiencia de la justicia: medida, meta o discurso. *Diario La Ley*.
- Alonso Olea, M. y Alonso García, R. M. (2008). *Derecho procesal del trabajo*. Civitas.
- Amrani Mekki, S. (2019). Garantías frente a eficiencia. ¿Es lo racional siempre razonable? En F. Jiménez Conde y R. Bellido Panadés (Dir.), *Justicia: ¿garantías «versus» eficiencia?* (pp. 31-60). Tirant lo Blanch.
- Baylos Grau, A. P., Cruz Villalón, J. y Fernández López, M. F. (1995). *Instituciones de derecho procesal laboral*. Trotta.
- Castillejo Manzanares, R. (2022). Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal. En M. P. Díaz Pita (Dir.^a), *Horizonte justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del servicio público de justicia* (pp. 149-178). Tecnos.
- Domínguez Ruiz, L. (2023). ¿Hacia una verdadera eficiencia procesal en la tramitación del juicio verbal? A propósito de las reformas previstas en el proyecto de ley de 22 de abril de 2022. *Práctica de Tribunales*, 161.
- Martín Valverde, A. (1994). Jurisdicción social y tutela judicial efectiva. *Derecho Privado y Constitución*, 4, 71-88.
- Merino Merchán, J. F. (2023). Apuntes sobre el proyecto de Ley de eficiencia procesal. *La Ley. Mediación y Arbitraje*, 14.
- Monereo Pérez, J. L. (Dir.). (2011). *Comentarios a la Ley de procedimiento laboral*. Comares.
- Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J. M., Sempere Navarro, A. V., Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F., Luján Alcaraz, J. y Cámara Botía, A. (2000). *Comentarios a la Ley de procedimiento laboral*. Aranzadi.
- Moreno Catena, V. (2021). Causas históricas de ineficacia de la justicia. En J. Picó i Junoy (Coord.), *La evolución del derecho procesal a la luz de Justicia* (pp. 561-584). Bosch.
- Pereira Puigvert, S. y Pesqueira Zamora, M. J. (Dir.). (2023). *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*. Aranzadi.
- Valbuena González, F. (2022). El procedimiento testigo y la extensión de efectos. En M. P. Díaz Pita (Dir.^a), *Horizonte justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del servicio público de justicia* (pp. 281-303). Tecnos.

Joaquín García Murcia. Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca (1979). Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (1982). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Oviedo (1990-2008) y en la Universidad Complutense de Madrid (UCM) (desde 2008). Coautor de *Derecho del trabajo* (31.^a ed., 2022) y de otras obras generales de la disciplina, ha dirigido numerosas obras colectivas (como *La Constitución del trabajo*, 2020) y ha liderado gran número de proyectos de investigación (codirector del proyecto de investigación PID2020-118499GB-C31). Ha dirigido más de una veintena de tesis doctorales. Director de la revista *Foro* de la Facultad de Derecho de la UCM y de la colección laboral de la editorial KRK. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la UCM. Durante el periodo 1987-1989 fue letrado del Tribunal Constitucional. <https://orcid.org/0000-0001-9586-7544>

Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Cantabria (España)

lourdes.lopez@unican.es | <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

Extracto

La normativa concursal siempre ha afectado a los intereses laborales, principalmente porque aquella circunda en torno a la empresa y estos últimos tutelan a las personas trabajadoras. El equilibrio entre el mantenimiento de la empresa y el respeto a los derechos laborales y de Seguridad Social no siempre ha sido idéntico, evolucionando en la normativa concursal más a favor de la viabilidad de la empresa que de la permanencia de los puestos de trabajo. Las modificaciones, suspensiones o despidos contractuales de la concursada generan todo un régimen de créditos laborales y de Seguridad Social. Contexto que se sobredimensiona cuando la empresa en concurso se transmite por venta de unidad productiva a otra empresa que pretende subrogarse en el activo, pero no en el pasivo de la concursada. La exoneración de los créditos laborales y, sobre todo, de los derivados de las deudas de la Seguridad Social provocan permanentes conflictos normativos y judiciales, no siempre resueltos. Este análisis expone aquellos aspectos procesales más ilustrativos de esta perenne controversia, en parte relativizada con el protagonismo alcanzado por las normas de precurso y la preservación de los créditos laborales y el crédito público, y aporta someras líneas de actuación futura, propiciando la simplificación procesal, con garantía y eficiencia.

Palabras clave: concurso de acreedores; precurso de acreedores; planes de reestructuración; venta de unidad productiva; transmisión de empresa; créditos laborales y de Seguridad Social; exoneración de deudas en el concurso; conflicto de competencias; incidente concursal laboral.

Recibido: 09-04-2023 / Aceptado: 21-04-2023 / Publicado (en avance *online*): 28-04-2023

Cómo citar: López Cumbre, L. (2023). Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 85-117. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18789>



Bankruptcy Law and Labor Procedure Law: interferences and proposals for (counter) reform

Lourdes López Cumbre

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cantabria (España)*

lourdes.lopez@unican.es | <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

Abstract

Insolvency legislation has always affected labor interests, mainly because the former surrounds the company and the latter protect the workers. The balance between maintaining the company and respecting employment and Social Security rights has not always been identical, with insolvency legislation evolving more in favor of the viability of the company than the permanence of jobs. The contractual modifications, suspensions or dismissals of the bankrupt company generate a whole system of labor and Social Security credits. Context that is overstated when the insolvent company is transferred by sale of the production unit to another company that intends to subrogate the assets, but not the liabilities of the insolvent company. The exoneration of labor credits and, above all, those derived from Social Security debts cause permanent regulatory and judicial conflicts, not always resolved. This analysis exposes the most illustrative procedural aspects of this perennial controversy, partly relativized with the prominence achieved by the pre-bankruptcy rules and the preservation of labor and public credits, and provides brief lines of future action, promoting procedural simplification, with guarantees and efficiency.

Keywords: insolvency proceedings; pre-insolvency proceedings; restructuring plans; sale of production unit; transfer of company; labour and Social Security credits; exoneration of debts in insolvency proceedings; conflict of competences; labour insolvency incident.

Received: 09-04-2023 / Accepted: 21-04-2023 / Published (online preview): 28-04-2023

Citation: López Cumbre, L. (2023). Bankruptcy Law and Labor Procedure Law: interferences and proposals for (counter) reform. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 85-117. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18789>

Sumario

1. Introducción
2. La competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso no resuelve todos los problemas laborales en sede concursal
 - 2.1. El indiscutible protagonismo del juez del concurso y el inevitable recurso a la legislación laboral y de Seguridad Social
 - 2.2. Los límites que fija el juez del concurso y los límites que fijan la actuación del juez del concurso
3. Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral y jurisdicción social en sede concursal
 - 3.1. Competencia del juez del concurso en materia laboral
 - 3.2. La «presencia» del juez social en el ámbito concursal
4. Otras cuestiones de interés general o particular en el ámbito laboral y de Seguridad Social reguladas en la Ley concursal
 - 4.1. Intereses «particulares» en sede concursal
 - 4.2. Intereses «generales» en sede concursal
5. Propuestas para una tutela judicial efectiva
 - 5.1. Sobre la delimitación perimetral de la unidad productiva que se transmite
 - 5.2. Sobre la legitimación de las partes afectadas por el concurso
 - 5.3. Sobre la extinción del contrato de trabajo en el concurso
 - 5.4. Sobre los autos de resolución del juez del concurso con incidencia laboral
 - 5.5. Y, en fin, sobre la eficiencia procesal

Referencias bibliográficas

1. Introducción

«La historia de la ley concursal es la historia de sus reformas», así reza la primera línea de la exposición de motivos de la Ley concursal (RDleg. 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de dicha norma, BOE del 7 –TRLR-). Y es cierto. Como también lo es que, en ese proceso, los asuntos laborales han tenido un peso específico ante el necesario equilibrio que supone mantener la protección de los derechos laborales y de Seguridad Social, por un lado, y garantizar, en su caso, la continuidad de una empresa y del mayor número de empleos posible, por otro. La normativa laboral y de Seguridad Social suponía una rémora para los intereses concursales, decididos a rebajar el precio de las empresas en concurso mediante la exoneración de deudas para potenciar su reactivación, refinanciación, transmisión o, en fin, liquidación en las mejores condiciones.

A medida que se alcanzaban algunos logros (debilitar la prelación de créditos laborales), se perseguían otros (minimizar o anular créditos derivados de la relación laboral, especialmente los mantenidos con la Seguridad Social). La norma sustantiva refleja este interés, pero también resultaban determinantes en este proceso las normas procesales, pues, en los conflictos de competencia entre el orden civil y el orden social ha residido, en gran medida, buena parte de las dificultades para conseguir los objetivos descritos. De ahí que los últimos intentos normativos (Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal –BOE del 6– y la LO 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial –BOE del 28–) vayan destinados, precisamente, a evitar dichos conflictos, apostando y potenciando la intervención del juez del concurso en el ámbito laboral, no sin alguna complicación como las que se exponen, sin ánimo exhaustivo, en este estudio. Un análisis crítico que intentará justificar el contenido propositivo que asimismo lo acompaña.

2. La competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso no resuelve todos los problemas laborales en sede concursal

2.1. El indiscutible protagonismo del juez del concurso y el inevitable recurso a la legislación laboral y de Seguridad Social

La subrogación en las deudas laborales y, sobre todo, de Seguridad Social cuando, en sede concursal, se vende una unidad productiva por aplicación del régimen de la transmisión

laboral de empresa ha constituido uno de los grandes escollos procesales para la legislación concursal. Con carácter general, esta última parte de la premisa de que, para mantener la viabilidad operativa de la unidad productiva, es necesario exonerar al comprador de las deudas existentes. Mas la remisión y aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) del régimen de la sucesión de empresa impedía inicialmente exonerar de las deudas laborales y de Seguridad Social al adquirente de la unidad productiva.

El protagonismo del juez del concurso siempre ha estado presente, con todo, en el alcance tanto de la sucesión como de sus efectos. En primer lugar, porque, de existir plan de liquidación, sería el juez quien «en interés del concurso» podría resolver mediante auto en los términos que considerara más conveniente, siendo su auto recurrible en apelación. En segundo término, porque, incluso en defecto de plan de liquidación, el juez podía decidir una exoneración parcial de aquellas cuantías ya satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). En tercer lugar, porque la norma permitía que el juez del concurso fijara el «perímetro» de la unidad productiva objeto de transmisión y, por ende, la inclusión tanto del activo (bienes afectos a la unidad productiva) como del pasivo (incluidas las deudas laborales y de Seguridad Social). Y, por último, porque el juez del concurso debía guiarse por una realidad tozuda que impide vender en sede concursal una unidad productiva con abultado pasivo y cuya exoneración requiere de una garantía jurídica para el comprador, eliminando toda contingencia futura basada en una reclamación contra sus intereses por antiguas deudas de la empresa concursada.

Inicialmente, los conflictos competenciales se saldaban a favor de la jurisdicción social por entender que, en este tipo de actuaciones, intervienen sujetos ajenos al concurso, esto es, a la entidad concursada, como deudora, y a los acreedores, entre ellos las propias personas trabajadoras (López Cumbre, 2015). Y toda la atención, detectada la existencia de una sucesión de empresa, debe estar en la normativa sobre sucesión laboral de empresa. Mas, con esta preferencia de lo social sobre lo concursal, no se lograba la garantía jurídica y, sobre todo, económica pretendida en el concurso y que no pasa tanto por una seguridad sobre la aplicación normativa como por la confianza del empresario que adquiere una empresa de que no pagará en el futuro ninguna deuda adicional a la prevista en el momento de la transmisión. Una garantía que, mientras exista un mínimo atisbo de duda competencial, el comprador no puede tener, pues deberá actuar a su propio riesgo si confía que será exonerado de deudas laborales o de Seguridad Social ante una situación de competencia concurrente entre el juez mercantil y el juez laboral. El riesgo contractual generado por las falsas expectativas del plan de liquidación no puede recaer en la masa del concurso, que, por lo demás, ya habrá concluido por medio de auto firme. De ahí la conveniencia de computar el importe de estas deudas en el precio de la operación, siquiera sea por prudencia (Carrasco Perera, 2021).

Con el fin de evitar este riesgo y de apuntalar la exigida garantía jurídica, el TRLC/2020 intentaría modificar este planteamiento a través de dos referencias; una, que, en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad

Social, que existe sucesión de empresa (art. 221.1 TRLC), y otra, que el juez del concurso se considera el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa (art. 221.2 TRLC). Pero, como puede observarse, el margen de actuación para el juez del concurso tampoco acrece con esta regulación, ya que la mera enajenación de la unidad productiva se considera, *ope legis* y a efectos laborales y de Seguridad Social, como una sucesión laboral de empresa. Si ante la venta de unidad productiva se produce una sucesión de empresa y, ante una sucesión de empresa, han de aplicarse los efectos laborales y de Seguridad Social implícitos a la misma, la responsabilidad solidaria de la empresa cedente y de la adquirente por las deudas no satisfechas resultará inevitable (López Cumbre, 2021).

La definición sobre la unidad productiva se encuentra en el artículo 200 del TRLC, que la describe como el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorias. Se trata de una definición no coincidente con la que se efectúa, en el ámbito laboral, sobre la sucesión de empresa en el artículo 44 del ET. En atención a esta última y, como es sabido, la sucesión laboral de empresa exige una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias. En esta diferente dicción se quiere depositar la libertad del juez del concurso para decidir si lo que se vende o transmite constituye o no una unidad productiva, pues, alcanzada dicha conclusión, la enajenación conllevará sucesión laboral de empresa con todas sus consecuencias, sin que el juez del concurso pueda evitarlas. Si el efecto de sucesión de empresa es un predicado legal no sujeto a ponderación del juez, lo que estará reservado al juez del concurso no será constituir el efecto de sucesión de empresa, sino individualizar que se ha producido el supuesto de hecho de venta de unidad productiva.

Llegados a esta conclusión, el legislador concursal reconoce que, si se aprecia sucesión de empresa, los créditos que deberá asumir la adquirente serán los laborales y de Seguridad Social de las personas trabajadoras de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogada la empresa adquirente, ex artículo 224 del TRLC. Deriva interesante, porque parece indicar que ya no se aplica la normativa laboral sobre sucesión de empresa, sino que la norma concursal admite una aplicación parcial de aquella. La norma laboral obliga a asumir las deudas anteriores no satisfechas, pero de todas las personas trabajadoras por cuanto la empresa adquirente no puede decidir en qué contratos se subroga, sino que ha de hacerlo en toda la plantilla de la empresa o unidad productiva que adquiere. No contempla la norma laboral una selección de plantilla salvo que, con anterioridad a la transmisión, se produzca una extinción contractual individual o colectiva de contratos, en cuyo caso, efectivamente la transmisión procederá solo en relación con aquellos contratos que se hallen vigentes, sin prejuzgar la posible responsabilidad de la empresa adquirente sobre las reclamaciones que se deriven de extinciones próximas a la transmisión y no resueltas por sentencia firme. Porque, salvo que se salden todas las deudas por la concursada en el momento de la extinción contractual laboral, todo aquello que permanezca seguirá constituyendo «pasivo» de la misma que pasará, en consecuencia, a la adquirente en virtud de la legislación concursal.

Existe, con todo, una evidente discrepancia entre la norma concursal (particularmente, arts. 222 y 224 TRLC, respectivamente) y la norma laboral (art. 44 ET) por cuanto la primera menciona la subrogación únicamente en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, manifestando que el adquirente quedará subrogado solo en algunos contratos y no en todos aquellos de los que se derivan una serie de deudas. Dicción que contrasta con la contenida en el artículo 44 del ET, en la que no se distingue entre personas trabajadoras subrogadas y no subrogadas al establecer la responsabilidad solidaria, proclamada de cualquier deuda laboral o de Seguridad Social contraída y no satisfecha. No parece que tenga sentido que el mismo texto legal admita los efectos de la sucesión laboral de empresa, pero luego limite dichos efectos de forma parcial a los contratos en los que se subroga la adquirente, toda vez que la adquirente deberá subrogarse en todos los contratos vigentes en la empresa que adquiere o, en su caso, extinguir con posterioridad aquellos que decida no asumir.

2.2. Los límites que fija el juez del concurso y los límites que fijan la actuación del juez del concurso

Mas, comoquiera que las dudas persistían incluso con la nueva dicción del TRLC/2020, se opta por su reforma a través de la Ley 16/2022, que, junto con la modificación de la Ley orgánica 7/2022, afianza la prioridad de la jurisdicción civil sobre la social en esta materia.

Ambas reformas, que probablemente respondan a un mismo objetivo, no se coordinan y aparecen en su aplicación algunas discordancias que pueden debilitar su clara finalidad. Por un lado, porque el nuevo artículo 86 ter de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ) reconoce esa competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para declarar la:

[...] existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social (art. 86 ter.2.4.^a LOPJ),

lo que conduce a la doctrina laboralista a entender, con buen criterio, que, aun cuando la competencia sea del juez del concurso, este no puede eludir la aplicación de la norma laboral y de Seguridad Social (Molina Navarrete, 2021). Sin embargo, el artículo 52 del TRLC, cuando reconoce la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, admite que puede declarar «la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran» (art. 52.1.4.^a TRLC). A esta última advertencia conviene añadir la precisión que el artículo 221 del TRLC efectúa cuando, al regular de manera particular el régimen de sucesión de empresa, señala no solo que,

en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa, sino que «el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen» (art. 221.2 TRLC).

La discrepancia, aunque se ha intentado relativizar por parte de algún sector doctrinal (Palomo Balda, 2022), ha de considerarse determinante. Porque, si se atiende a la norma que confirma la competencia exclusiva de los jueces del concurso y en la que reside la delimitación competencial entre los distintos órdenes jurisdiccionales, ciertamente será el juez del concurso el que indique la existencia de una sucesión laboral de empresa, pero, una vez admitida, deberá hacerlo con aplicación de la norma laboral y de Seguridad Social en aquellos efectos que se deriven de la transmisión de una o varias unidades productivas en esta materia. Sin embargo, la norma concursal permite «seleccionar» dichos efectos, y no tanto en su ámbito objetivo –que claramente viene impuesto por la norma laboral y de Seguridad Social–, sino en su ámbito subjetivo, toda vez que el juez del concurso, al señalar «los elementos que integran» la unidad productiva o delimitar «los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen», está permitiendo una ejecución «parcial» de los efectos de la norma laboral y de Seguridad Social, circunscritos únicamente a algunas personas trabajadoras y no a todas las que el artículo 44 del ET abarcaría.

Esa aplicación «parcial» o «selectiva» de la norma en el concurso de acreedores se justifica en el seno del concurso en que el juez puede delimitar los efectos del mismo. Pero, en principio, seguirá sin poder evitar que, respecto de una entidad que no forma parte de este, como es la empresa adquirente, otros órdenes jurisdiccionales puedan actuar. Evidentemente, todas estas precisiones de la normativa modificada intentan impedir este efecto y pretenden cortocircuitar toda actividad procesal ajena al «perímetro» concursal no para la empresa concursada, sino para la empresa adquirente. Mas semejante objetivo no parece del todo logrado o, al menos, sigue manteniendo, en algunos aspectos, un perfil confuso que conviene aclarar a efectos de este análisis.

La forma de afianzar la tesis garantista para la empresa adquirente en virtud de la cual la decisión del juez del concurso, al delimitar no solo el perímetro de la unidad productiva adquirida, sino los efectos laborales y de Seguridad Social de su responsabilidad, impide cualquier reclamación ulterior es la firmeza de dicha decisión y la predecibilidad de la misma. Con esta deriva, se impide, no ya que quienes forman parte de la transmisión en sede concursal –personas trabajadoras subrogadas– puedan denunciar la resolución del juez del concurso, sino que aquellas que han sido excluidas –personas trabajadoras no subrogadas– tampoco podrán acudir a otra jurisdicción –la social– en demanda de potenciales derechos que no pueden defender en sede concursal –puesto que no han sido objeto de transmisión– ni tampoco en sede social –puesto que la decisión del juez del concurso así lo impide–. No en vano, cabe entender que la pretensión normativa al fijar el juez del concurso no solo la existencia de una sucesión de empresa, sino la delimitación de activos, pasivos y relaciones laborales afectadas, es precisamente la de circunscribir en el juez del concurso la capacidad

de zanjar cualquier resolución posterior que cuestione su decisión sobre la delimitación del «perímetro» no solo de la transmisión de la unidad productiva, sino de los efectos laborales y de Seguridad Social de la misma.

Ahora bien, como ha podido comprobarse, esta interpretación no parece que resulte acorde con lo dispuesto en el artículo 86 ter.2.4.^a de la LOPJ. Puede resultar cuestionable que sea el juez del concurso quien tenga capacidad para fijar si existe o no sucesión laboral de empresa en la transmisión de la unidad productiva. Pero esta es una afirmación que, al menos con la dicción vigente del TRLC, no admite cuestionamiento alguno. Son varios los preceptos que permiten deducir su capacidad para determinar si se trata de una entidad productiva que se mantiene con posterioridad o, por el contrario, la reunión de una serie de elementos dispersos incluidos en el concurso evita considerar que se trate de una sucesión laboral empresarial (arts. 218.4, 220.1, 222.1 y 224.1.3.º TRLC). Se admite, así, que el juez del concurso en función de una serie de criterios (actividad a desarrollar, volumen de negocio, explotación, etc.) pueda decidir sobre la existencia o ausencia de una sucesión laboral de empresa. Por supuesto, si su resolución es negativa, rechaza la existencia de una sucesión laboral de empresa, pero, con posterioridad, se demuestra la existencia de la misma, los interesados con legitimación activa podrán iniciar acción –ya en el orden social, puesto que ha concluido el concurso y la intervención del juez mercantil– en defensa de una posible actuación empresarial fraudulenta.

Decidida la existencia de la sucesión, los efectos laborales y de Seguridad Social se imponen, ex artículo 86 ter de la LOPJ. Podría cuestionarse que dicho precepto alude, asimismo, a la «determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social». No puede ser que la declaración suponga una aplicación «parcial» como se pretende al seleccionar aquellas personas trabajadoras afectadas y aquellas que no lo están por la sucesión empresarial, porque eso resulta contrario a la aplicación de las normas de transmisión laboral de empresa. Sí puede resultar coherente, sin embargo, con la posibilidad que establecía y que establece la Ley concursal para que el juez del concurso decida que la empresa adquirente no se subrogue en las cantidades salariales o indemnizatorias asumidas por el FOGASA, ex artículo 224.1.3.º del TRLC.

Además, la «libertad» que se propugna del juez del concurso desde la tesis mayoritaria es solo relativa. Porque, al menos en esta materia, el juez se halla condicionado por la oferta de adquisición de la unidad productiva. Ciertamente, el juez del concurso podrá admitir, rechazar o modificar dicha oferta para ajustarla a los intereses del concurso, pero lo que no podrá hacer es partir de cero y guiar, según su criterio, el recorrido de la transmisión. Bien al contrario, será él quien se encuentre condicionado por la oferta de adquisición delimitando esta qué activos, pasivos y relaciones laborales, en los términos previstos en el artículo 218 del TRLC, se incluyen. Como normalmente la plantilla requerida por el oferente será inferior a la que realmente conforma la unidad productiva, la competencia del juez de lo mercantil en la delimitación «perimetral» de la unidad productiva no será plena, sino que vendrá condicionada por una decisión previa, la del comprador.

En su oferta, la empresa adquirente puede hacer, al menos, tres cosas. La primera, admitir todos los activos, pasivos y relaciones laborales de la unidad transmitida, en cuyo caso no se planteará problema alguno, pues la concordancia entre la norma concursal y la laboral es plena. La segunda, plantear su propuesta óptima, configurando la unidad productiva en los términos laborales más idóneos, esto es, presentando la relación de activos, pasivos y relaciones laborales necesarias para la continuidad de la empresa. En este caso, a su vez, se pueden derivar dos situaciones: una, que haya acordado con la empresa concursada que lo que se transmita sea precisamente esa relación de activos y pasivos necesarios para la continuidad y que, por tanto, la concursada, al menos en el ámbito laboral, haya actuado, conforme a la legislación laboral, modificando, suspendiendo o extinguiendo, individual o colectivamente, aquellas relaciones laborales que resultan excluidas, con la correspondiente satisfacción de las deudas derivadas –pues, de lo contrario, engrosaría el pasivo de la concursada–; y dos, que la empresa concursada no efectúe ninguna acción y deje todo el entramado de transmisión en manos de la Administración concursal y del juez del concurso, siendo este último el que decida, en virtud de la oferta de la adquirente, qué relaciones laborales se mantienen en la unidad transmitida y cuáles de ellas resultan excluidas, con el riesgo de que, si la decisión del juez del concurso no resulta coincidente con la pretensión de la adquirente, esta última retire su oferta. O bien puede ocurrir, en tercer lugar, que la adquirente presente su oferta, pero entienda que ha de subrogarse en todas las relaciones laborales para evitar sorpresas futuras y, una vez adquirida la unidad productiva, proceda con la extinción, en su caso, individual o colectiva, de aquellas relaciones laborales que no precisa para el desarrollo de su actividad empresarial. En definitiva, es esta última la única opción que contempla el legislador laboral en el artículo 44 del ET cuando dispone que la empresa se subroga en todas las deudas pendientes, sin perjuicio de ulteriores decisiones laborales de la empresa adquirente.

Existen, además de las expuestas, otras dificultades no menores entre la norma concursal y la normativa de general aplicación a la sucesión laboral de empresa y sus efectos laborales y de Seguridad Social.

La primera es que el artículo 224 del TRLC, al definir los efectos sobre los créditos pendientes de pago, obliga a asumirlos:

Quando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial (art. 224.1.3.º TRLC).

Pues bien, parece evidente que la referencia a las indemnizaciones pendientes de pago solo puede entenderse respecto de las personas trabajadoras que no han sido subrogadas por la adquirente, pues, de haber mediado subrogación, no habrían generado indemnización alguna y, de ser así, la responsable del pago, aunque fuera solidariamente, sería la

empresa adquirente. Es una consecuencia clara, no de lo dispuesto e interpretado de forma mayoritaria con relación a la subrogación laboral empresarial en sede concursal, sino de lo que impone la norma laboral y de Seguridad Social, aplicable también en sede concursal, como viene exponiéndose.

Y la segunda deriva de lo dispuesto en el artículo 224 bis del TRLC, en el que precisamente se indica cómo actuar cuando se presenta una oferta de adquisición para una o varias unidades productivas. Porque, curiosamente, en la propuesta escrita vinculante que puede presentar el deudor deberá constar:

[...] la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de 3 años. El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 224 bis.1 TRLC).

Es más, dicha propuesta puede ser presentada por «personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada» (art. 224 bis.3 TRLC). Esta última deberá tener prioridad, en caso de presentación de varias ofertas, «siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo, entre otros criterios» (art. 224 bis.6 TRLC).

De esta regulación cabe deducir varias conclusiones. Por una parte, que la referencia a una limitación a 3 años es incompatible con la preservación de la relación laboral que fija el artículo 44 del ET, por lo que ha de considerarse que, también en sede concursal, se aplica este último con todos sus efectos, sin perjuicio de que, con posterioridad, la adquirente decida no continuar con la actividad productiva, en cuyo caso deberá acudir a los procedimientos laborales establecidos para tal objetivo. Esto significa que la empresa adquirente no puede tomar decisiones que contradigan la pretensión del artículo 44 del ET *ex ante*, sino, en su caso, *ex post*. Por otro lado, si las personas trabajadoras pueden adquirir la unidad productiva en concurso, la norma no está pensando en aquellas personas trabajadoras susceptibles de subrogación, sino en todas las personas trabajadoras, que son las que resultan susceptibles de subrogación. A diferencia del planteamiento general que se viene defendiendo con la reforma del año 2022, no parece admitir aquí la norma que existan personas trabajadoras «interesadas» en la continuidad de la empresa que puedan quedarse fuera de la subrogación al producirse una «selección» de personas trabajadoras como consecuencia de la transmisión. Bien al contrario, solo aquellas que no estén interesadas quedarán fuera de la operación de transmisión, pero por propia voluntad, no porque la transmisión «expulse» a estas personas trabajadoras de su continuidad laboral. Y, por último, como el juez del concurso deberá tener en cuenta una serie de criterios al dotar esta oferta de prioridad, tales como la continuidad de la empresa o unidad productiva y el mantenimiento de los puestos de trabajo, cualquier hipótesis o interpretación que contemple la reducción de estos resultará contraria a la finalidad de la misma.

3. Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral y jurisdicción social en sede concursal

3.1. Competencia del juez del concurso en materia laboral

La norma concursal no alberga dudas a la hora de atribuir competencia laboral al juez del concurso en el artículo 53 del TRLC. Lo hace, como es sabido y de forma expresa, para defender la competencia exclusiva y excluyente para conocer sobre las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta Ley concursal, tengan carácter colectivo, así como sobre aquellas que versen acerca de la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

Por su parte, y en coherencia con lo expuesto, el artículo 2 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) extiende la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social a las cuestiones litigiosas entre empresarios y personas trabajadoras como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley concursal. En esta misma línea, el artículo 3 h) de la LRJS excluye de la jurisdicción social las «pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso». Pero se trata de expresiones que contenía esta ley desde su publicación en 2011 y no son fruto de ninguna reforma concursal o judicial posterior. Por lo tanto, no puede servir esta alusión como argumento que refuerce la posición del juez del concurso, toda vez que esta regulación se ha mantenido durante los últimos 12 años, testigos de cuantas vicisitudes procesales y competenciales de la actividad concursal en el ámbito laboral se han producido, especialmente en relación con la transmisión de empresas.

Porque, sin prejuzgar la posibilidad de que estas acciones de modificación, suspensión o despido se produzcan antes o después de la transmisión de la empresa en sede concursal, procede considerar estas acciones con entidad propia, dentro del concurso y, en principio, desligadas de la transmisión de la unidad productiva. Sin embargo, esta intención legal pone de manifiesto, también para la transmisión, que la competencia del juez del concurso se extiende exclusivamente a aquellas acciones relacionadas con el concurso y en sede concursal y no otras. Pues, en principio, se parte de la competencia exclusiva y excluyente para conocer de estas acciones sociales del juez del concurso «dentro del concurso» y solo dentro del concurso.

Esta tesis queda reforzada cuando el artículo 55 del TRLC admite la extensión de la jurisdicción del juez del concurso «a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en los artículos anteriores, las administrativas y las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada

tramitación del procedimiento concursal» (art. 55.1 TRLC). Es más, la decisión sobre estas cuestiones no surtirá efecto «fuera del concurso de acreedores en que se produzca» (art. 55.2 TRLC).

Además, conviene recordar, asimismo, que el artículo 75.2.º de la LOPJ establece la competencia de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia, entre otras, para conocer:

De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los juzgados de lo social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia.

Por lo tanto, no toda actuación en sede concursal está vedada en sede social, sino que existe una interconexión entre ambas, bien que, en este caso, por expreso deseo de la legislación del poder judicial.

Y precisamente esa interconexión es la que requiere de un análisis más detallado cuando las acciones sociales en sede concursal coinciden con las acciones derivadas de la transmisión de empresa en la misma sede.

Dentro de la transmisión de empresa del artículo 44 del ET está prevista la extinción contractual, individual o colectiva, previa a la misma (de acuerdo con el art. 44.9 ET, el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus personas trabajadoras vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de estas últimas sobre las medidas previstas y sus consecuencias). Del mismo modo, en el ámbito concursal será posible siempre solicitar la extinción colectiva, ex artículos 169 y siguientes del TRLC, si la Administración concursal o las personas trabajadoras de la empresa concursada a través de sus representantes así lo manifiestan. Para ello se requiere que el concurso haya sido declarado, en cuyo caso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido y la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se tramitarán por las reglas establecidas en esta Ley concursal cuando tengan carácter colectivo. En aquello no previsto, deberá aplicarse la legislación laboral, conservando los representantes de las personas trabajadoras las facultades que esta legislación laboral les atribuye.

La relación entre la transmisión y estas otras medidas queda patente en lo dispuesto en el artículo 220 del TRLC, pues el juez deberá adoptar su decisión en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas previa audiencia, por plazo de 15 días, de los representantes de las personas trabajadoras, si existieran. Mas, en el caso de que las operaciones de enajenación implicaran la modificación sustancial de las

condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, se estará a lo dispuesto en esta ley en materia de contratos de trabajo (art. 220.2 TRLC). De esta expresión se deduce que la decisión sobre un despido colectivo puede ser previa o simultánea a la de enajenar la unidad productiva. Una determinación importante, toda vez que el artículo 44 del ET no contempla la subrogación sobre contratos laborales extinguidos, sino vigentes («El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral», ex art. 44.1 ET), al margen, eso sí, de la responsabilidad sobre las deudas generadas y no satisfechas en relación con los primeros.

La resolución judicial sobre el despido colectivo surtirá efectos desde el momento en que se dicte, ex artículo 183 del TRLC, al afirmar que el auto que acuerde la suspensión de contratos de trabajo de carácter colectivo o el despido colectivo «surtirá efectos constitutivos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y originará la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados».

Es previsible que la solicitud de incoación del despido colectivo concursal se acompañe del acuerdo con los representantes de las personas trabajadoras sobre el plan de venta de la unidad productiva y la procedencia de extinguir los contratos de personal no adscrito. También podrá sustanciarse un despido colectivo tras la enajenación de la unidad productiva, para extinguir aquellos contratos que han de quedar fuera de la misma –no que quedaron fuera de la misma, pues, por aplicación del art. 44 ET, no habrán podido quedar fuera si no se ha hecho con anterioridad a la enajenación de la unidad productiva; o hay subrogación o hay extinción previa a la subrogación, pero extinción posterior a la subrogación solo cabe si opera dentro de la unidad ya transmitida–. Podrá afirmarse que el «perímetro» de la transmisión lo ha fijado el juez del concurso al aprobar el plan, conforme a una oferta efectuada por un adquirente. Pero los contratos laborales restantes no pueden pertenecer a un «limbo» jurídico; o se extinguen antes de la transmisión, o después de la misma o se interpreta que, con la aprobación de la transmisión, los contratos «excluidos» quedan automáticamente «extinguidos», lo que no concilia ni con la ley laboral, ni con la concursal, ni con la procesal, ni con ninguna norma aplicable.

Y es aquí donde surgen numerosos problemas procesales y sustantivos, al analizar el auto del juez del concurso que resuelve la enajenación de la unidad productiva.

De acuerdo con el artículo 546 del TRLC, contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación.

Sin embargo, el artículo 422 del TRLC dispone algo distinto en relación con la enajenación de la unidad productiva. En principio, se prevé que el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios de la masa activa se enajenará como un todo, salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de

liquidación, hubiera autorizado la enajenación individualizada. En todo caso, la Administración concursal, cuando lo estime conveniente para el interés del concurso, podrá solicitar del juez la autorización para la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan. Pues bien, de acuerdo con el artículo 422.3 del TRLC, contra el auto que acuerde la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan, no cabrá recurso alguno.

De esta afirmación se deduce que, en este caso, cuando se produce una enajenación individualizada de cualquier unidad productiva, no cabe cuestionar ni en suplicación ni en casación la decisión del juez del concurso, careciendo el orden social de competencia para decidir en trámite de recurso ningún tipo de planteamiento laboral derivado de la decisión adoptada por el juez del concurso al enajenar la unidad productiva.

No obstante, la norma permite acudir al incidente concursal en materia laboral del artículo 541 del TRLC en determinadas situaciones. Precisa el legislador que, en este trámite, se dilucidarán las acciones que las personas trabajadoras o el FOGASA ejerciten contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de personas trabajadoras que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con los altos directivos. No parece, pues, que este incidente esté previsto para discutir ningún elemento en relación con la transmisión de la unidad productiva, aunque sí respecto de todos aquellos otros que se deriven de la misma, como, por ejemplo, el despido colectivo, siempre que se tramite dentro del concurso y que haya de ser resuelto por el juez mediante auto.

Semejante dicción permite entender que el incidente concursal en materia laboral del artículo 541 del TRLC no parece estar previsto para discutir ningún elemento en relación con la transmisión de la unidad productiva. Aunque sí respecto de todos aquellos otros que se deriven de la misma, como, por ejemplo, el despido colectivo, siempre que se tramite dentro del concurso y que haya de ser resuelto por el juez mediante auto.

Pero existe otro incidente concursal, de carácter general, regulado en el artículo 532 del TRLC. En atención al mismo, todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, así como las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso, se tramitarán por el cauce del incidente concursal. En este tipo de incidente concursal, se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda. Cualquier persona comparecida en el concurso podrá intervenir en el incidente concursal conforme al régimen establecido en la Ley de enjuiciamiento civil

(LEC) para la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, sin necesidad de especial pronunciamiento del tribunal, ni audiencia de las partes cuando se trate de aquellas que ostenten previamente la condición de parte en el concurso o se trate de acreedores incluidos en la lista de acreedores, *ex artículo 534 del TRLC*. Contra dicha resolución cabrá recurso de apelación ante la correspondiente audiencia provincial.

No parece que el orden social participe en todo este proceso, a pesar de que se cuestionen deudas laborales y de Seguridad Social y pese a que quienes estén afectadas sean personas trabajadoras y empresas –ya saliente, ya entrante–. Salvo por lo que se refiere a la aplicación del artículo 551 del TRLC. Dicho precepto sí contempla la posibilidad de incluir «recursos en materia laboral». Y, en atención al mismo, contra el auto que decida sobre esta actuación u otras recogidas en el mismo, así como contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la LRJS, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas.

De algún modo, todo ello permitirá plantear cuestiones derivadas de la sucesión de empresa, incluso podrá permitir cuestionar la propia sucesión de empresa si esta fuera la causa en la que se justifica el despido colectivo autorizado, procediendo por vía indirecta a impugnar la transmisión empresarial y sus efectos en sede concursal. También de forma colectiva por cuanto el juez del concurso deberá pronunciarse sobre las cuestiones que susciten los representantes de las personas trabajadoras en relación con el despido colectivo, pero derivadas de la sucesión de empresa al igual que sucede con las personas trabajadoras individualmente consideradas. Y, puesto que la posible discrepancia contra el auto que decide sobre el despido o las cuestiones colectivas y contra la sentencia que resuelve el incidente concursal laboral se podrá resolver mediante recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la LRJS «que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social», este último estará presente en sede concursal y tanto directamente en relación con el despido colectivo como indirectamente en referencia a la transmisión de empresa.

La legitimación para recurrir el auto que decide el despido colectivo corresponderá a la Administración concursal, al concursado, a las personas trabajadoras a través de sus representantes y al FOGASA, así como, en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, a aquellas entidades que lo integren. En consecuencia, contra el citado auto, la representación de las personas trabajadoras podrá interponer recurso de suplicación ante el orden social y aquellas otras acciones deducidas por las personas trabajadoras deberán resolverse mediante el incidente concursal en materia laboral que finalizará a través de sentencia frente a la cual cabrá interponer recurso de suplicación, *ex artículo 551.1 del TRLC*. Y, puesto que las personas trabajadoras pueden impugnar, mediante incidente concursal laboral, el auto dictado por el juez del concurso, podrán cuestionar la actuación

del despido colectivo concursal con las mismas garantías que quienes impugnan un despido colectivo que no se desarrolla en sede concursal.

Con alguna diferencia sustancial. Así, en el proceso laboral y como es sabido, la impugnación del despido colectivo por vía individual tendrá una tramitación diferente según si el despido ha sido impugnado o no en vía colectiva (art. 124.13 LRJS). Una distinción que en sede procesal no resulta tan nítida. El artículo 541.2 del TRLC dispone que las personas trabajadoras deberán presentar la demanda del incidente concursal laboral en el plazo de 1 mes desde que conocieron o pudieron conocer la resolución judicial y el FOGASA desde que se le notifique la resolución. Por su parte, también los representantes podrán impugnar la actuación del juez del concurso.

En un proceso ajeno al concurso, el plazo para la impugnación individual comenzará desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo sin perjuicio del derecho a ejercitar la acción antes de que se presente la demanda colectiva o mientras se sustancia la misma. De no haber sido impugnada colectivamente, el plazo comenzará cuando transcurran los 20 días de caducidad de que disponen los representantes para ejercer la acción colectiva. Sin embargo, en sede concursal esto no ocurre y el desarrollo de ambas sanciones puede ser simultáneo. Por esta razón, cada acción deberá seguir su propio procedimiento conforme al plazo correspondiente.

Por otro lado, así como cuando en el régimen general, al interponer demanda por despido colectivo, se interrumpe la tramitación de la acción individual hasta que aquella sea resuelta (art. 51.6 ET), en el régimen concursal, la solución no resulta tampoco sencilla. La interposición del recurso de suplicación contra el auto por el que se decide el despido colectivo debería detener el incidente concursal hasta la resolución de dicho recurso. La extinción es efectiva, ha sido resuelta por el auto de extinción, pende recurso de suplicación, por lo que cualquier otra demanda en este sentido debería ser rechazada por litispendencia del artículo 427 de la LEC.

En idéntica línea, en el caso del artículo 124.3 b) de la LRJS se acepta que la sentencia firme dictada en proceso colectivo tenga eficacia de cosa juzgada en procesos individuales y, del mismo modo, podría hacerse en el incidente concursal, limitando el objeto de este último únicamente a aquellas cuestiones de carácter individual que no hubieran sido objeto de demanda de despido colectivo.

3.2. La «presencia» del juez social en el ámbito concursal

El problema puede surgir fácilmente cuando aquellas personas trabajadoras con relación extinguida por el despido concursal o sus representantes deciden impugnar, ya individual, ya colectivamente, ante la jurisdicción social contra una empresa que no es la concursada,

sino aquella que la ha adquirido, considerando que ha existido sucesión de empresa y exigiendo a esta última su responsabilidad. Bien es cierto que, aprobado el despido colectivo por el juez del concurso, quienes entiendan perjudicados sus derechos deberían hacerlo valer a través del incidente concursal laboral o el recurso de suplicación. Toda pretensión impugnatoria contra el auto del juez del concurso en el que se acuerda el despido colectivo, aunque se trate de un pedimento que cuestione la existencia de una sucesión de empresa y sus efectos laborales y de Seguridad Social como consecuencia de la venta de unidad productiva en sede concursal o por cualquier otro motivo, deberá ser encauzada a través del recurso de suplicación que se interponga frente a dicha resolución, o bien, si se hiciera de forma individual por la persona trabajadora afectada, mediante el incidente concursal laboral susceptible, asimismo, de recurso de suplicación.

Sin embargo, no parece que este recurso, posible frente al auto resolutorio del despido colectivo impugnado por sujetos colectivos o contra la sentencia dictada por el juez de lo mercantil en el incidente concursal laboral promovido por las personas trabajadoras afectadas, pueda entrar en la decisión de la sucesión de empresa y mucho menos en la pretensión de sujetos que han quedado excluidos de la unidad productiva a transmitir. Al tratarse de un recurso extraordinario, queda limitado el planteamiento de cuestiones nuevas que no hayan sido suscitadas o debatidas en la instancia, por lo que será difícil desvincular el despido colectivo de la venta de la unidad productiva, en su caso.

Además, conviene no olvidar que normalmente todo este proceso –venta, precisión sobre número de personas trabajadoras a subrogar y despido colectivo previo en la empresa concursada para ajustarse a la oferta del adquirente– suele estar avalado por el acuerdo con los representantes de las personas trabajadoras, lo que hará difícil cualquier impugnación basada en el citado acuerdo.

Mas, si se admite la tesis prevalente acerca de la posibilidad de que la Administración concursal seleccione a las personas trabajadoras a incluir en el despido colectivo a fin de que el juez del concurso apruebe un plan de liquidación conforme a la propuesta del adquirente para dictar auto de adjudicación, las personas trabajadoras «excluidas» optarán por impugnar la decisión de su despido solicitando que se declare nula o, subsidiariamente, improcedente. Ahora bien, si se estima que, con el plan de liquidación, la adquirente queda exonerada de responsabilidad alguna sobre los contratos extinguidos, no podrá ser esta empresa la destinataria de las consecuencias, en su caso, de la improcedencia o nulidad del despido. Y tampoco podrá serlo la empresa concursada que ya ha sido transmitida, puesto que no podrá cumplir las consecuencias de tal calificación. En definitiva, tan solo la compradora podrá asumir la readmisión o, en su caso, indemnización de las personas trabajadoras afectadas por la «selección» en el despido colectivo y, por ende, en la subrogación de la unidad productiva, si es que esta se mantiene activa. De ahí que, en principio, la persona trabajadora incluida en el despido colectivo concursal podrá solicitar su exclusión a través del incidente concursal y luego ejercitar una acción de despido ante la jurisdicción social cuando la empresa adjudicataria se niegue a subrogarlo.

Para impedir cualquier responsabilidad de la adquirente en este punto, se alude a que la resolución del auto solo puede basarse en la existencia o no de las causas alegadas para justificar el despido colectivo, siendo cualquier otra cuestión ajena a esta decisión. Pero constituye esta interpretación una auténtica falacia, pues precisamente el despido colectivo es causa de la transmisión, en la que se impone una subrogación parcial y no plena de la plantilla. Solo cabría aceptar tal planteamiento si el auto del juez del concurso se pronunciara de forma expresa o tácita sobre la delimitación de su contenido, resultando, de lo contrario, una cuestión obvia dada su conexión. Y, así, salvo que las partes no hicieran alusión a esta conexión y prefirieran iniciar procesos distintos e independientes para cada causa, esto es, considerando el despido colectivo y la transmisión como situaciones autónomas, la conveniencia de abordarlas conjuntamente parece evidente.

Mayor dificultad entraña, ciertamente, llevar al proceso de despido colectivo a quien no ha sido parte en el mismo, en este caso la empresa concursada. Se podrá alegar que se trata de un potencial o real adquirente, pero lo cierto es que no se considera parte en el despido colectivo motivado antes de la transmisión o como consecuencia de la misma. De ahí que se sugiera que cualquier controversia al respecto se canalice a través del incidente concursal común del artículo 532 del TRLC. Porque, si lo que se pretende es que, en el incidente concursal laboral, se consiga la calificación de improcedencia o nulidad del despido colectivo acordado en el auto del juez del concurso con la responsabilidad correspondiente del adquirente, esta última tendrá que estar presente en el proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.2 de la LEC, como legitimada pasiva.

Suele ser frecuente, con todo, que al plantear en la demanda incidental la declaración de nulidad o subsidiariamente de improcedencia del despido por falta de transparencia en la venta de la unidad productiva, se oponga como excepción la inacción de las partes en el proceso de la venta. Y, así, puesto que las circunstancias referidas a la unidad productiva y la sucesión de empresa se sustanciaron dentro de las secciones que afectan a la liquidación y a la masa activa del concurso, los afectados, a título individual o a través de sus representantes, debieron impugnar esta actuación cuestionando tanto el proceso de la venta como su adjudicación. De lo contrario, el incidente no podrá afectar al adquirente. Nada impediría, con todo, apreciar de oficio en suplicación el listisconsorcio pasivo necesario. Debería decretarse, así, la nulidad de actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior de admisión de la demanda incidental formulada por la persona trabajadora afectada por el despido concursal para que amplíe su demanda contra la empresa a la que se transfiere la unidad productiva y a la que se demanda la subrogación de su contrato.

Al menos, así es como obran los tribunales cuando quien estima que su derecho ha sido preterido solicita la prioridad de permanencia en la empresa, en este caso en la empresa adquirente. El juez del concurso suele desestimar la demanda por entender que la readmisión se solicita frente a una empresa, la adquirente, que no ha sido llamada al procedimiento incidental, por lo que, en suplicación, no cabe admitir dicha oposición. Porque, en este

caso, no se cuestiona en la demanda la extinción de su relación con la concursada, sino el reingreso o reincorporación en una empresa distinta a aquella. Y la acción de reingreso constituye una acción diversa que deberá articularse frente a la adquirente, pues no solo implica la readmisión, en su caso, de la persona trabajadora, sino la expulsión de alguna de las personas trabajadoras subrogadas, acción respecto de la cual carece de legitimación la empresa concursada que no puede satisfacer tal pretensión. De hecho, deberán ser demandadas todas las personas que pudieran verse afectadas por la citada preferencia, aplicando la regla del artículo 124.13 de la LRJS, también en sede concursal. Ahora bien, como se apuntara, se admite aquí también la apreciación de oficio en suplicación del citado litisconsorcio pasivo necesario para obligar a retrotraer las actuaciones, originando la posibilidad de ampliar la demanda contra la empresa adquirente.

Puede surgir, asimismo, un problema en cuanto a los plazos a aplicar. Se acudirá al plazo de 1 mes del artículo 541.2 del TRLC en aquellos supuestos en los que los hechos determinantes de la sucesión de empresa sobrevienen una vez ha transcurrido el lapso temporal y lo que se impugna en el incidente concursal es la extinción producida por el despido colectivo cuando la sentencia dictada en suplicación revoca el auto en el que el juez mercantil rechaza la demanda incidental apreciando caducidad, además de falta de legitimación pasiva de la adquirente.

De esta forma, si se transfiere primero la unidad productiva y luego se despide colectivamente en sede concursal, la sentencia en suplicación suele considerar que el hecho de no haber impugnado la resolución judicial previa por la que se aprueba la transmisión de la unidad productiva convierte en extemporánea cualquier impugnación a través del incidente concursal, en cuyo caso el derecho de preferencia no puede entrar en juego al afectar a la totalidad de las personas trabajadoras de la adquirente. Por consiguiente, si se pretende impugnar el auto de adjudicación de la unidad productiva, tanto si la enajenación ha sido acordada mediante resolución independiente como si se hace en el auto que aprueba el plan de liquidación, la vía procesal más idónea sería la del incidente concursal general de los artículos 532 y siguientes del TRLC, pudiendo formularse recurso de apelación ante la audiencia provincial contra dicha decisión.

Mas se trata de una afirmación que no encaja en la previsión del artículo 541 del TRLC en el que nada se señala al respecto. En principio, por esta vía podrán suscitarse todas aquellas cuestiones que sobrepasen el ámbito de la relación individual, sin perjuicio de que la sentencia únicamente tenga efectos respecto de la persona demandante o personas demandantes. Pero constituye un instrumento de reacción frente al auto emitido en el despido colectivo concursal mucho más garantista, que equipara, en cuanto a su protección, a las personas trabajadoras incluidas en el mismo con las concernidas por el despido colectivo acordado por una empresa que no está inmersa en el concurso. De esta forma, junto a las cuestiones individuales se podrán suscitar otras que afecten a todas las personas comprendidas en el auto como las atinentes a la sucesión de empresa y sus efectos.

Con todo, la competencia social en sede concursal se considera presente, aunque limitada a aquellas competencias que no hayan sido atribuidas expresamente al juez del concurso (Martínez Moya, 2022)¹.

Así, por ejemplo, se admite cuando la sucesión laboral no deriva de la venta de la unidad productiva en concurso en los términos previstos por la Ley concursal. Ocurre de este modo cuando se produce la venta judicial conjunta o en globo de activos como elementos patrimoniales aislados que no son considerados aptos para conformar unidad productiva autónoma. El juez del concurso o no se pronunciará o no declarará la sucesión empresarial. Mas, si las personas trabajadoras entienden o comprueban que esos medios transmitidos permiten a la adquirente continuar con la actividad empresarial, deberá ser la jurisdicción social la que conozca de las acciones ejercitadas, sin perjuicio de la actuación que, con carácter prejudicial al amparo del artículo 55 del TRLC, haya realizado el juez mercantil (resolviendo en su auto sobre maquinaria, clientela, etc.). Porque, en este caso, no se trata de una sucesión operada en el seno de una liquidación concursal, pues el juez del concurso cerró dicha posibilidad, por lo que cabe estimar la demanda incidental de extensión de responsabilidad interpuesta por antiguas personas trabajadoras de la concursada que defienden la existencia de una sucesión laboral de empresa y solicitan la responsabilidad solidaria de la sucesora en las obligaciones derivadas de la ejecución.

Del mismo modo, se considera extendida la idea de que el papel del juez de lo social en el ámbito concursal lo desempeña, con todas las consecuencias, aplicando todas las normas y admitiendo todos los principios, el juez de concurso, quien deberá operar, en sede concursal, como si de un juez social se tratara aplicando normas laborales y de Seguridad Social. De hecho, se estima que, si bien en el antiguo artículo 86 ter de la LOPJ se exigía que el enjuiciamiento de las materias laborales debía regirse, en sede concursal, por los principios del procesal laboral, tal indicación ahora ha desaparecido. Se alude hoy a la actuación del juez del concurso «conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social», lo que, por otra parte, no dista mucho de incluir, asimismo, la aplicación de los principios que dicha legislación conlleva, abarcando esta última tanto la perspectiva sustantiva como la procesal.

Ahora bien, si el juez del concurso debe operar como un juez del orden social, ¿por qué no mantener las competencias en el orden social? Porque, aun cuando en sede concursal sea necesario hacer prevalecer la norma mercantil sobre la laboral, lo cierto es que el juez de lo mercantil se encuentra vinculado por la norma laboral o de Seguridad Social y sus efectos cuando tiene que aplicar la misma en sus decisiones, incluidos los principios derivados del proceso social (Rodríguez Achútegui, 2021). En consecuencia, si las decisiones del juez del concurso van a ser recurridas en el orden social, vía suplicación o casación para unificación de doctrina, parecería razonable que decisiones como las apuntadas pudieran ser conocidas también previamente por el orden social. No en vano, las resoluciones que

¹ Un análisis exhaustivo sobre cuestiones competenciales, la venta de la unidad productiva o el régimen de los créditos laborales y de Seguridad Social en Cano Marco (2020).

emite el juez del concurso en el ámbito laboral no pueden sino estar inspiradas en los principios del proceso laboral, siendo recurridas, asimismo, dentro del orden social.

4. Otras cuestiones de interés general o particular en el ámbito laboral y de Seguridad Social reguladas en la Ley concursal

4.1. Intereses «particulares» en sede concursal

Existen otros aspectos de interés en la norma concursal que merecerían un estudio monográfico, pero que solo se incorporan en este texto a título referencial².

Por una parte, el tratamiento de los contratos de alta dirección, cuya suspensión y extinción podrá ser declarada en el concurso, incluso con reducción de la indemnización extintiva previamente fijada, ex artículo 186 del TRLC. Y, especialmente, en el caso de los planes de reestructuración en los que se permite no solo la suspensión o extinción de estos contratos, sino también la de los consejeros ejecutivos. En caso de extinción, en defecto de acuerdo, el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo y al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos.

Como ya se advertiera, esta regulación no hace más que afianzar la tesis que asimila el tratamiento del alto directivo y del consejero ejecutivo, superando ya por fin la obsoleta teoría del vínculo (López Cumbre, 2022a). Pero, más allá de esta interesante polémica, también resulta sorprendente que la autonomía de la voluntad prevalente en la relación de alta dirección –ahora extendida a los consejeros ejecutivos, con buen criterio– se rompa con una intervención heterónoma. En defecto de pacto, será el juez al que corresponda la homologación el que deberá modular la indemnización –se entiende que en función de las necesidades propias de cada reestructuración– con un límite –no se deduce bien si mínimo o máximo– coincidente con la del despido colectivo –20 días de salario con un límite de 12 mensualidades–. Sabiendo, sin embargo, que la indemnización por extinción supone una cláusula de blindaje habitual en los contratos de alta dirección y teniendo en cuenta que los planes de reestructuración deberán surgir y negociarse con la participación y, en su caso, aquiescencia de estos ejecutivos, altos directivos o consejeros, se antoja difícil pensar que vayan a admitir el inicio de un plan que concluya con la drástica reducción de su indemnización. Resultará más sencillo que o bien el plan no contemple la cuestión de la indemnización –en cuyo caso, el juez no podrá intervenir, siguiendo la dicción de este precepto– o que, previamente, en el plan se incluya un pacto para impedir, así, la intervención judicial (López Cumbre, 2022b)³.

² Vid., recientemente, Taléns Visconti (2023).

³ Vid. sobre este punto Orellana Cano (2023a; 2023b).

Con todo, las controversias que se susciten en esta materia se tramitarán conforme al incidente concursal ante el juez competente de la homologación y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación, ex artículo 621 del TRLC. Algo que no deja de sorprender también por cuanto, como se expusiera, el recurso de suplicación (art. 551 TRLC) está previsto para acciones de naturaleza colectiva. Y no parece encajar en este esquema la demanda de un alto directivo o de un consejero ejecutivo. Salvo que se atienda a la precisión que este artículo 551 del TRLC reconoce al admitir el recurso de suplicación «contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso». Mas la nueva regulación del artículo 621 del TRLC no tiene acomodo en un incidente –«¿concursal?»– planteado en la fase de homologación de un plan de reestructuración –previa al proceso concursal–. Ni tampoco se alcanza a comprender por qué el recurso de suplicación admitido en la Ley concursal para materia de índole colectiva se extiende ahora a un conflicto de naturaleza individual.

Obsérvese, por lo demás, que no existe un precepto similar para disponer dentro del plan de reestructuración la suspensión o extinción del resto de contratos laborales, lo que dificultaría su adopción –aunque no aparezca prohibida– y reconduciría íntegramente a la jurisdicción social cualquier controversia al respecto dado que el juez competente para la homologación del plan de reestructuración no podría decidir al respecto.

Por otro lado, cabe subrayar la actuación concursal en los grupos de empresa. La disposición adicional primera del TRLC admite la definición del artículo 42.1 del Código de Comercio, aun cuando el control no recaiga en una sociedad mercantil, acepta que los deudores de sociedades pertenecientes al mismo grupo puedan solicitar la declaración judicial conjunta de los respectivos concursos (art. 38 TRLC), permite que el acreedor pueda solicitar la declaración judicial conjunta de concurso cuando se trate de sociedades que formen parte del mismo grupo o exista confusión de patrimonios (art. 39 TRLC) y no impide la acumulación de concursos ya declarados de las sociedades que formen parte de un mismo grupo (art. 41 TRLC).

En general, se considera juez competente el de la sociedad dominante (art. 46 TRLC), podrá extender su competencia cuando existan sociedades filiales con centro de interés fuera de España si lo es para la sociedad matriz del grupo (art. 755 TRLC) y la legitimación para recurrir el auto que decida cuestiones laborales de carácter colectivo e incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso recaerá en las entidades que integren el grupo laboral de empresas (art. 551 TRLC). Eso significa que, si bien el legislador concursal adopta la definición del Código de Comercio en los términos expuestos, las cuestiones laborales concursales que se presenten obligarán a acudir al concepto de grupo laboral de empresas, con todas sus consecuencias y, especialmente, con el criterio de la jurisdicción social en la identificación tanto de su existencia como del régimen de responsabilidad solidaria aplicable, en su caso, a las empresas del grupo.

4.2. Intereses «generales» en sede concursal

No puede obviar este análisis una referencia a los créditos laborales y de Seguridad Social. Como en su día se defendiera, los créditos laborales, pero, sobre todo, los créditos de la Seguridad Social de las empresas, son créditos públicos que afectan a un interés general. Su exoneración beneficia exclusivamente al comprador y al resto de acreedores que antepondrán intereses propios por encima del interés general. Una interpretación favorable a la exoneración en la compra de unidades productivas en concurso solo acrecienta la miopía que supone beneficiar el corto plazo para perjudicar el largo plazo. Porque sustituir el interés más global a largo plazo por el interés particular actual perjudica a las generaciones presentes y futuras y representa una permuta de elevado importe a costa del erario público (López Cumbre, 2021, p. 9).

Y seguramente a cambio de muy poco, porque esas empresas «fénix» que se apoyan en la ventaja que supone la exoneración de costes ya es hoy y, a buen seguro, será mañana una empresa fallida, un subproducto de corto recorrido. Quizá por esta razón, el legislador, cuando ha querido facilitar el objetivo de la viabilidad empresarial por encima del interés público, lo ha hecho constar. Y, tal vez, también por ello cabe afirmar que una interpretación distinta a la expuesta incentiva la creación artificial de empresas ineficientes y «zombies» en un sistema perverso en el que las empresas nacen, se desarrollan, se «adeudan» y desaparecen, pudiendo volver a resurgir libres de cargas, para reiniciar el mismo proceso. Una liquidación basada en la exoneración propicia este círculo, ineficiente para la economía. Porque beneficiará a unos acreedores –que no son precisamente los que requieren de mayor protección– y perjudicará a los verdaderos *stackeholders*, las personas trabajadoras –que constituyen el interés más decisivo del concurso–. Un beneficio fácil e inmediato que supondrá la reiteración en el endeudamiento y que propiciará renacer con éxito para morir con deudas.

De alguna manera, la Ley concursal, aunque insiste en exonerar en perjuicio de los créditos laborales y de la Seguridad Social, impacta ahora menos que antes. Porque ahora prevalece más la reestructuración que el concurso y en la reestructuración el crédito público se encuentra más protegido.

Entre los créditos contra la masa figuran los derivados de los salarios de los últimos 30 días del trabajo realizado antes del concurso en cuantía no superior al doble del salario mínimo interprofesional (SMI), según lo dispuesto por el artículo 242.1.2.º del TRLC. También se incluyen en esta categoría los créditos laborales devengados después de la declaración de concurso, las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo, así como 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 o declare la conclusión del concurso. Se trata, en todo caso, de créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, ex artículo 242.1.11.º del TRLC.

Por su parte, los créditos concursales se clasifican, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 269 del TRLC, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados, a su vez, se diferencian entre créditos con privilegio especial –si afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa– y con privilegio general –si afectan a la totalidad de la masa–. Serán créditos ordinarios los que no tengan la consideración de privilegiados o subordinados. Por su parte, se consideran con privilegio especial los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de las personas trabajadoras sobre los objetos elaborados por ellas, ex artículo 270.3.º del TRLC. Son créditos con privilegio general, a su vez, los anteriores al concurso por salarios que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio especial, hasta el triple del SMI por el número de días de salario pendiente de pago, también las indemnizaciones por extinción y los capitales coste de Seguridad Social de los que sea responsable el concursado junto con los recargos de las prestaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 280.1 del TRLC. El mismo precepto entiende que las cantidades debidas en materia de Seguridad Social por el concursado en cumplimiento de una obligación legal tendrán la consideración de crédito con privilegio general.

Y, aun cuando los créditos por salarios que tengan la consideración de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata y el resto de créditos contra la masa a su debido vencimiento, según dispone el artículo 245.1 del TRLC, conviene advertir que el pago de créditos contra la masa se hará con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, de acuerdo con lo que dispone el artículo 244 del TRLC. Por lo demás, la Administración concursal podrá alterar el pago de los créditos contra la masa, pero la postergación no podrá afectar ni a los créditos laborales ni a los créditos de la Seguridad Social.

En todo caso, la subrogación del FOGASA en la titularidad de cualesquiera créditos contra la masa o concursales no afectará al carácter y clasificación de los mismos, según prevé el artículo 243 del TRLC, y siempre tendrá la condición de parte necesaria cuando se abonen salarios e indemnizaciones, de acuerdo con el artículo 514 del TRLC.

Más procede destacar cómo, en la regulación del convenio, se prohíbe que la propuesta de convenio, para los créditos de derecho público o para los créditos laborales, cambie de ley aplicable, cambie de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago, modifique o extinga las garantías existentes o convierta los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distinto de aquellos que tuviera el crédito originario (art. 318.2 TRLC). Por su parte, la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, pero no a aquellas deudas por salarios correspondientes a los últimos 60 días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso con el límite del triple del SMI (art. 489.1.4.º TRLC), ni tampoco a las deudas por créditos de derecho público, salvo una determinada cantidad y bajo unas concretas condiciones (art. 489.1.5.º TRLC).

En idéntica línea, el plan de reestructuración tampoco podrá modificar los créditos de derecho público –que incluyen lógicamente los créditos de la Seguridad Social–. Como es sabido, los planes de reestructuración son aquellos que tienen por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de todos estos elementos, *ex artículo 614 del TRLC*. Pues bien, el plan de reestructuración no podrá suponer para los créditos de derecho público la reducción de su importe, el cambio de ley aplicable, el cambio de deudor, salvo que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago, la modificación o extinción de garantías o la conversión en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviera de forma originaria, conforme establece el artículo 616 bis del TRLC.

Constituyen dichos créditos de derecho público una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal, *ex artículo 624 bis del TRLC*. En su aprobación, el plan no podrá suponer, además de lo expuesto, ningún tipo de quita o espera respecto de los porcentajes de las cuotas de la Seguridad Social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y por contingencias profesionales ni a los porcentajes de la cuota de la persona trabajadora que se refieran a dichas contingencias (art. 698.6 TRLC).

Además, estos créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en 12 meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración con carácter general, a los 6 meses a contar desde dicha fecha en caso de que sobre los mismos se hubiese concedido aplazamiento o fraccionamiento previamente y, en cualquier caso, todos los créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en un plazo máximo de 18 meses desde la fecha de comunicación de la apertura de negociaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 616 bis del TRLC. Y, si bien, una vez homologado, no se podrá solicitar la resolución del plan de reestructuración por el incumplimiento, sí cabrá exigir la resolución por incumplimiento cuando se trate de créditos de derecho público y por el incumplimiento de los mismos (art. 671 TRLC).

5. Propuestas para una tutela judicial efectiva

5.1. Sobre la delimitación perimetral de la unidad productiva que se transmite

Si la principal objeción para vender una unidad productiva es el número de personas trabajadoras a subrogar y las deudas derivadas de dicha subrogación, bastaría con exigir el despido colectivo previo de aquella parte de la plantilla que no va a ser subrogada. Aun cuando la decisión deberá ser simultánea –oferta de la adquirente y decisión de la

concurrada-, la extinción habrá de preceder a la transmisión para que esta última cumpla con la normativa laboral y de Seguridad Social. De esta forma, el juez del concurso podrá decidir sobre la sucesión laboral de empresa, fijar su perímetro, aplicar los efectos laborales y de Seguridad Social y, de surgir discrepancia en torno a esta situación, admitir el recurso de suplicación para que sea el orden social el que resuelva sobre la misma. En paralelo, la impugnación, en su caso, del despido colectivo también debería reconducirse mediante recurso de suplicación dentro del orden social. En ambos casos, la resolución debería dictarse de forma más rápida que en situación común, toda vez que las partes conocen todos los hechos dentro del proceso concursal, pudiendo abreviar, con las debidas garantías, todos los trámites del recurso de suplicación «común».

Se derivan, al menos, dos problemas de este planteamiento. El primero, que el despido colectivo conllevará el cumplimiento por la concursada de todas las deudas con sus personas trabajadoras, pues, de lo contrario, se trasladarán como «pasivo» de la concursada a la adquirente. En este sentido, el proceso deberá legitimar a todas aquellas partes afectadas por estas deudas que podrán impugnar el auto del juez del concurso en el que se determine el contenido del despido colectivo con personas trabajadoras afectadas y deudas, en su caso, no satisfechas a estas últimas.

El segundo, que el recurso de suplicación en materia de despido colectivo podrá admitir que se trata de un despido no justificado e incluso nulo, siendo así que la ejecución deberá efectuarse sobre la concursada, imponiéndose un perímetro distinto para la adquirente como consecuencia de tal decisión. Casa mal esta posible reversión de efectos en sede suplicatoria con los intereses que la legislación mercantil defiende en el caso de la venta de unidad productiva. Salvo que se disponga de un procedimiento «expres» como el indicado, con trámites –mejor en instancia que en fase de recurso, pero, si no, en fase de recurso– con garantías y con plazos más perentorios, que permita garantizar la firmeza de la decisión extintiva previa a la transmisión. De esta forma, se conseguiría el equilibrio entre el interés de la empresa adquirente por conocer en el momento de la adquisición cuáles son sus obligaciones, pero también tendría conocimiento de sus derechos, no dejando a futuro ninguna imprevisión, aunque sin eludir el cumplimiento como adquirente de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social si es que estas últimas no son abonadas por la concursada.

5.2. Sobre la legitimación de las partes afectadas por el concurso

Las personas trabajadoras y sus representantes, por una parte, y los organismos públicos con intereses en el proceso concursal, por otra, deberán estar legitimados en todas sus fases para evitar la vulneración de la tutela judicial efectiva. Así, la representación de las personas trabajadoras deberá estar presente en todas las fases del proceso como garante de los derechos laborales. Es cierto que su conformidad o el acuerdo en los diferentes trámites –extinción o transmisión– puede dificultar cualquier reclamación en la que estén presentes por entender que se produciría una acción contraria a los propios actos.

Con dos salvedades. Una, que es necesario partir de la base de que la representación de las personas trabajadoras no es uniforme y, por lo tanto, puede haber discrepancias en el planteamiento de los objetivos y de la finalidad a conseguir en el proceso concursal. Y otra, que las personas trabajadoras pueden no estar de acuerdo con los pactos alcanzados por sus representantes. De ser así, si existe una discrepancia entre lo acordado colectivamente y lo defendido individualmente, debería reproducirse en sede concursal el mismo sistema de impugnación colectiva e individual del despido colectivo que se desarrolla en sede no concursal, resultando esta actuación mucho más garantista de los intereses de las personas trabajadoras. En idéntica línea, la participación tanto de las personas trabajadoras como de sus representantes en caso de transmisión de empresa no puede circunscribirse a una mera audiencia, extendiendo su legitimación en todo el proceso, tanto al dictar el auto como en la interposición del recurso. Se entienden aplicables las normas de representación y sustitución procesal de la legislación procesal laboral, toda vez que se permite la aplicación de esta última en aquellos aspectos no específicamente previstos en esta materia por la norma concursal.

De los entes públicos, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), además del FOGASA, deberá tener una presencia protagonista en todas las fases del proceso concursal, especialmente en aquellas en las que se derivan deudas de Seguridad Social. La TGSS tiene obligación de perseguir cualquier incumplimiento en materia de cotización y la exoneración de una responsabilidad solidaria así debe ser considerada. En este sentido, la solución pasa por legitimar a la TGSS en los procesos de venta de unidad productiva tanto para validar las ofertas de la nueva empresa como, en su caso, para impugnar el auto de liquidación dictado por el juez del concurso cuando se elude que la empresa adquirente se responsabilice de las deudas no satisfechas. Porque esta conclusión resulta a la normativa laboral y de Seguridad Social que la Ley concursal exige cumplir.

Y pudiera ocurrir que ya no la Seguridad Social sino las personas trabajadoras afectadas por estos pactos actuaran procesalmente exigiendo responsabilidad a los intervinientes en el concurso por la disponibilidad de unas cantidades que les corresponde en un sentido similar al enriquecimiento injusto. Han trabajado, han cotizado y, aunque la empresa no haya cumplido con su parte de cuota, les corresponde una serie de derechos de los que no se puede disponer libremente al admitir la exoneración de unas cantidades que no afectan únicamente a la empresa, sino que condicionan el trabajo ya realizado, las cotizaciones ya efectuadas y las prestaciones futuras. Si la empresa tenía que haber cotizado, no lo hizo a tiempo, generó y amontonó deudas sobre la cotización que le correspondía –porque trabajó–, las cantidades no han sido satisfechas y un juez –el del concurso– decide exonerarlas, que no se abonen, que la TGSS no las cobre y que no beneficien a la persona trabajadora que generó el derecho, las consecuencias en la prestación y en la pensión futura podrían derivar en responsabilidad incluso de naturaleza penal; así, se alude a la frustración en la ejecución cuando se trate de eludir una deuda contra la Seguridad Social, cuando se trate de una insolvencia punible y, al menos, la mitad del importe de los créditos concursales afecten a la Seguridad Social o, en fin, a un delito contra la Seguridad Social si se elude el pago de las cuotas por acción y omisión. Para evitar estas consecuencias, la TGSS debería estar

legitimada en todo caso para comparecer y precisar los efectos de la responsabilidad en el ámbito de la Seguridad Social de las partes afectadas por el concurso, incluida la venta de unidad productiva. De lo contrario, los efectos perversos descritos en anteriores epígrafes serán inevitables, irreversibles e inasumibles.

No está resuelta, por lo demás, la incongruencia de un proceso que afecta a un sujeto que no es parte en el mismo. Porque sigue existiendo la dificultad de entablar la legitimación pasiva o activa de una empresa, la adquirente, que no forma parte del concurso. Y porque, además, el alcance de las decisiones que se cuestionen –más allá de las posibilidades que ofrezcan el incidente concursal común, laboral o el recurso de suplicación– van a tener, directa o indirectamente, como objetivo a la empresa adquirente. Cabe, incluso, introducir cierta complejidad en este debate si alguna de las empresas, concursada o adquirente, mantiene vínculos con una actividad administrativa a través de concursos o concesiones de esta naturaleza, lo que añadiría un elemento nuevo de análisis, toda vez que ya no cabría aplicar únicamente las normas laborales y de Seguridad Social, sino estas últimas en sede administrativa y, probablemente, con competencias jurisdiccionales de índole contenciosa. Mas, al margen de lo expuesto, lo cierto es que la empresa adquirente no forma parte del concurso salvo cuando se le adjudica la venta, momento en que aquel ya pierde sentido. Sin embargo, las interferencias siguen siendo válidas, toda vez que las personas trabajadoras subrogadas siempre tendrán como legitimada a la empresa adquirente y las que no lo hayan sido podrán, entre otras actuaciones, solicitar, en su caso, su exclusión del despido colectivo a través del incidente concursal laboral, reclamar su subrogación a la empresa adquirente y, cuando esta se niegue a incluirlo, demandar a dicha empresa por subrogación ante el orden social.

Y, comoquiera que carece de sentido tal falacia, debería simplificarse el procedimiento pudiendo solventar todas las cuestiones que se planteen en este sentido y con conexión natural a través de un único instrumento procesal, ya sea el incidente concursal laboral, ya el recurso de suplicación sobre el auto del juez del concurso. Porque, de lo contrario, la experiencia demuestra que, para evitar que se opongan excepciones de inacción en actuaciones previas, la recomendación será la de impugnar toda actuación y en todo momento –venta, adjudicación, liquidación, masa activa del concurso, despido, selección de personas trabajadoras, etc.–, dilatando y encareciendo sobremanera el proceso. La actuación de oficio en suplicación ampliando el listisconsorcio pasivo necesario también produciría efectos positivos en este sentido, porque permitiría atraer al proceso a cualquier parte que pudiera verse afectada por el mismo, impidiendo controversias posteriores, incluso en órdenes jurisdiccionales distintos.

5.3. Sobre la extinción del contrato de trabajo en el concurso

Conviene considerar que la decisión sobre el despido colectivo tiene efectos constitutivos, en sede concursal, no desde la fecha en que se efectúa el despido, sino desde la fecha en que se dicte el auto, salvo que en dicho auto se disponga una fecha posterior (art. 183 TRLC), por lo que toda actuación que contenga, directa o indirectamente, un cálculo

de contratos extinguidos deberá contemplar esta fecha como resolutive y no la del despido. Por eso, si el despido es anterior a la venta de unidad productiva, pero el auto del juez es posterior a esta, los efectos deberán atribuirse a esta última. Si el despido es anterior a la venta de la unidad productiva y el auto también lo es, las relaciones se considerarán extinguidas y solo pasarán a la adquirente las deudas que se integren como pasivo de la misma. Y si el despido es posterior a la venta de la unidad productiva, será esta última la que condicione aquel.

Se admite, sin embargo, que el despido resulte simultáneo a la venta de unidad productiva, considerando que esta última, con el auto del juez y su decisión, constituye título jurídico suficiente para validar el despido colectivo, siendo la misma fecha la del despido y la de la transmisión. En este caso, las personas trabajadoras no podrán reclamar a la concursada –que ha sido transmitida– ni a la nueva adquirente –que ha comprado la unidad productiva en unos términos que no incluye a estas personas trabajadoras–. Un «limbo jurídico» que impediría a estas últimas la defensa de sus derechos –por falta de ejecución– y que las condenaría –a diferencia de cualquier otra persona trabajadora– a acudir exclusivamente a las prestaciones del FOGASA sin posibilidad de impugnar la extinción de su contrato. Se argumentará que dicha decisión extintiva no la adopta la empresa, sino un juez, mas, conforme a lo ya expuesto, cabe indicar que dicho juez ha de aplicar necesariamente las normas laborales y de Seguridad Social y que estas solo pueden ser aplicadas si las personas trabajadoras pueden acceder al proceso, ya concursal, ya laboral. La solución pasaría, pues, por simplificar todo este procedimiento, un tanto caótico y guiado exclusivamente por el interés de mantener la empresa activa a costa de anular los derechos laborales que siguen estando presentes en el ordenamiento, también en el ordenamiento concursal, abarcando todos estos conflictos en el incidente concursal laboral con recurso de suplicación y con intervención del orden social.

A estos efectos, la legitimación recogida en el texto concursal deberá ampliarse, pues, prevista exclusivamente para la Administración concursal, la empresa concursada, las personas trabajadoras a través de sus representantes y el FOGASA o, en caso de grupo laboral de empresas, para aquellas que lo integren, deja fuera a otros actores determinantes, como las propias personas trabajadoras a título individual y no colectivo o a organismos públicos interesados como la TGSS.

A su vez, el régimen no puede ser tan dispar, disponiendo el recurso de suplicación para los representantes de las personas trabajadoras contra el auto que resuelve sobre el despido colectivo y exigiendo incidente concursal para las personas trabajadoras que, a su vez, podrán acudir al recurso de suplicación cuando se dicte sentencia en dicho incidente concursal laboral. Simplificarlo, en uno u otro sentido, constituye ya un imperativo. Si se quiere potenciar la actuación mercantil, exigiendo el incidente en todo caso; si se pretende agilizar, como resultaría oportuno, el trámite concursal, acudiendo directamente en todas las situaciones al recurso de suplicación. Los plazos, la incidencia de una actuación colectiva sobre la individual como ocurre en el proceso común, los efectos de la sentencia dictada en suplicación en uno u otro supuesto, el alcance de la cosa juzgada en estos casos son cuestiones en absoluto resueltas en un proceso que debería conciliar dos objetivos: garantía y celeridad.

5.4. Sobre los autos de resolución del juez del concurso con incidencia laboral

La intención concursal es que la decisión del juez del concurso adquiera firmeza lo antes posible y que su predecibilidad impida cualquier conocimiento sobre la cuestión en otro orden jurisdiccional. En el caso laboral no es posible, pero sí es cierto que se ha limitado en exceso la actuación del orden social. Incomprensiblemente, pues la norma procesal exige la aplicación de la legislación laboral y de Seguridad Social, por ejemplo, en los supuestos de sucesión de empresa (art. 86 ter.2.4.^a LOPJ), porque son muchas las materias que permiten ser recurridas en suplicación y porque existe la figura del incidente concursal en materia laboral que presupone la existencia de un dominio laboral sobre el proceso concursal. Por lo demás, los efectos de la decisión del juez del concurso, incluidas aquellas cuestiones prejudiciales de distinta naturaleza sobre las que se puede pronunciar, deberán circunscribirse al ámbito del concurso, no surtiendo efecto fuera del mismo, ex artículo 55.2 del TRLC.

Ciertamente, la norma concursal prevé que, contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso, solo podrá interponerse recurso de reposición, salvo que se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación. Sin embargo, existe la posibilidad de acudir al incidente concursal laboral contra el auto que decida modificaciones, suspensiones, despidos, etc., siempre que sean de carácter colectivo, amén de la posible utilización de este mismo incidente concursal laboral contra la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por la empresa concursada con los altos directivos. Como también cabe acudir al recurso de suplicación contra el auto que decida sobre este tipo de actuaciones colectivas así como contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, admitiendo la aplicación del resto de recursos previstos en la LRJS, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas. Finalmente, cabe acudir al incidente concursal general previsto para aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, así como las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso. Contra dicha resolución cabrá recurso de apelación ante la correspondiente audiencia provincial.

No parece un esquema procesal de actuación muy logrado. Bien al contrario, resulta desequilibrado, complejo, inadecuado e incoherente en algunos aspectos, previamente expuestos en este análisis. La propia legitimación no resulta homogénea; en unos casos, se dispone la legitimación de las personas trabajadoras, pero no de sus representantes; en otros, se alude expresamente al FOGASA, pero no aparece ningún otro organismo público como la TGSS; en ocasiones se permite la comparecencia de los representantes de las personas trabajadoras, pero no de sus representadas; a veces aparece la empresa concursada y otras la Administración concursal, etc. Tampoco resulta precisa la selección de materias para interponer el incidente concursal laboral y aquellas que permiten acudir al recurso como, del mismo modo, se precisa la oportunidad de acudir al incidente concursal

general para plantear cuestiones laborales que, *a priori*, no caben en otra vía procesal. La eficiencia procesal exigiría una simplificación plena de este esquema, reagrupando todas las cuestiones procesales en una línea, por ejemplo, el incidente concursal de índole laboral, con posibilidad de recurso de suplicación sobre la sentencia que resuelva aquel y, en su caso, el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina.

5.5. Y, en fin, sobre la eficiencia procesal

En los diferentes proyectos que se tramitan en la actualidad para potenciar la eficiencia de la Administración de Justicia, se pone de manifiesto la necesidad de trasladar este servicio público a la ciudadanía como:

[...] algo propio, como algo cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido. Con palabras del constitucionalismo moderno, este servicio público precisa de legitimidad social tanto como de eficiencia. Legitimidad como grado de confianza y credibilidad que el sistema de justicia debe tener para nuestra ciudadanía; y eficiencia como capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas.

Evidentemente, el análisis efectuado en este estudio pone de manifiesto que, al menos en cuanto a los intereses laborales y de Seguridad Social, en los procesos concursales, ese objetivo no se ha conseguido. Bien al contrario, no se ha evolucionado, sino que se ha involucionado, perdiendo las personas trabajadoras derechos en defensa de unas empresas cuya actuación no siempre avala su continuidad. Es cierto, no obstante, que la primacía en la nueva normativa de los planes de reestructuración o del derecho preconcursal, previsto en el libro II, e incluso del derecho especial para microempresas, regulado en el libro III, sobre la normativa que rige el concurso de acreedores del libro I, ha suavizado el impacto que este último ha podido generar en la elusión de las normas laborales y de Seguridad Social, pero la controversia no cesa.

El derecho es algo más que la consolidación de una pauta de conducta institucionalizada mediante un procedimiento de decisión democráticamente adoptado. Es la expresión de una forma de comportamiento. Y no solo para garantizar el orden público, sino para diseñar una intervención en la economía que permita una organización de la vida social más razonable y justa. La garantía que aporta el derecho asegura expectativas y otorga confianza ante la incertidumbre de reglas que responden a intereses dispares, opacos y no siempre lícitos. Pero el derecho exige, para su validación, medios que permitan ejercitar las pretensiones contrarias que surjan en la convivencia social y en las relaciones jurídicas que el Estado ampara. Un régimen jurídico complejo, incierto y desequilibrado incumple estos fines y desatiende buena parte de la sabiduría basada, en palabras de Schopenhauer, «en la justa proporción entre la atención que prestamos en parte al presente y en parte al futuro para que uno no pueda estropear a otro» (regla núm. 14 de *El arte de ser feliz o Eudemonología*, escrito entre 1822 y 1828).

Referencias bibliográficas

- Cano Marco, F. (2020). *Manual práctico de derecho laboral concursal*. Wolters Kluwer.
- Carrasco Perera, A. (7 de abril de 2021). *El comprador de unidad productiva en el concurso actúa a su propio riesgo si confía que se le exoneran deudas laborales o de Seguridad Social*. GA_P. <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-comprador-de-unidad-productiva-en-el-concurso-actua-a-su-propio-riesgo-si-confia-que-se-le-exoneran-deudas-laborales-o-de-seguridad-social/>
- López Cumbre, L. (2015). Intereses laborales y concursales en la transmisión de unidades productivas. La búsqueda de una plena exoneración de las deudas de la Seguridad Social. En A. Díaz Moreno y F. J. León Sanz (Dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración* (pp. 471-506). Aranzadi.
- López Cumbre, L. (2021). Nada es lo que parece. El régimen concursal laboral de la venta de unidad productiva no cambia. *Diario La Ley*, 9843.
- López Cumbre, L. (29 de abril de 2022–2022a–). *¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?* GA_P. <https://www.ga-p.com/publicaciones/sigue-siendo-valida-la-teoria-del-vinculo-para-los-consejeros-ejecutivos-en-el-orden-social/>
- López Cumbre, L. (28 de septiembre de 2022–2022b–). *Altos directivos y consejeros ejecutivos: un mismo destino en la reestructuración previa al concurso*. GA_P. <https://www.ga-p.com/publicaciones/altos-directivos-y-consejeros-ejecutivos-un-mismo-destino-en-la-reestructuracion-previa-al-concurso/>
- Martínez Moya, J. (2022). El rayo que no cesa: la competencia del juzgado de lo social en el concurso. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 1-9. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-0000001923
- Molina Navarrete, C. (2021). Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una «codificación» *ultra vires*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 455, 167-209. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2330>
- Orellana Cano, N. A. (4 de abril de 2023–2023a–). La afectación de los trabajadores en la reestructuración preventiva tras la Ley 16/2022. *Diario La Ley*, 1026.
- Orellana Cano, N. A. (2023b). Las competencias laborales del juez del concurso a la luz de las cuestiones competenciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Trabajo y Empresa*. *Revista de Derecho del Trabajo*, 2(1), 79-130.
- Palomo Balda, E. (2022). La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>
- Rodríguez Achútegui, E. (2021). Artículo 224. Efectos sobre los créditos pendientes de pago. En P. Prendes Carril y N. Fachal Noguer (Dirs.), *Comentario al texto refundido de la Ley concursal* (Vol. 1, pp. 1.131-1.138). Aranzadi.
- Taléns Visconti, E. E. (2023). Aspectos laborales de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal. *Trabajo y Empresa*. *Revista de Derecho del Trabajo*, 2(1), 23-78.

Lourdes López Cumbre. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria. Doctora en Derecho con premio extraordinario por la Universidad Autónoma de Madrid. Investigadora principal de proyectos competitivos. Estancias de investigación en universidades internacionales. Directora de tesis doctorales. Autora de monografías, obras individuales, capítulos de obras colectivas, artículos en revistas indexadas, ediciones en lengua extranjera. Miembro del consejo editorial y de redacción de diferentes editoriales y revistas especializadas. Árbitra en elecciones sindicales. Consejera académica del despacho Gómez-Acebo&Pombo. Miembro del Consejo Económico y Social de Cantabria. <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital

Susana de la Casa Quesada

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

scasa@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0003-1020-7841>

Extracto

El Parlamento español está tramitando un «paquete» de reformas legales para que haya una Administración de Justicia más digital, también en el ámbito de la prueba procesal. Sin embargo, la jurisdicción social viene mostrando muchas resistencias a este progreso, porque considera que contradice los principios básicos del proceso social. Asimismo, en la práctica judicial tienen una creciente presencia las pruebas basadas en conversaciones realizadas mediante tecnologías de la información y la comunicación (correo electrónico, redes sociales, WhatsApp, etc.). El Tribunal Supremo español solo atribuye el valor de prueba documental al correo electrónico, mientras que el WhatsApp no ha accedido aún al recurso de casación para la unificación de doctrina. En esta situación, no hay unidad de criterio en las doctrinas de suplicación social en torno a cómo deben calificarse. Este trabajo defiende que, como regla, todas las pruebas deben poder realizarse de forma telemática, desde luego la de ratificación pericial, salvo que, por sus características, su práctica telemática pudiera perjudicar a algunos de los intereses en juego o no reunir las garantías debidas. Asimismo, las pruebas digitales que gocen de las debidas garantías de autenticidad deberían tenerse como documentales y, en consecuencia, abrir la revisión de hechos en suplicación (y casación).

Palabras clave: prueba procesal; proceso laboral; prueba tecnológica; jurisdicción social; prueba pericial; recursos de suplicación; WhatsApp.

Recibido: 20-03-2023 / Aceptado: 29-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 11-04-2023

Cómo citar: Casa Quesada, S. de la. (2023). Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 119-150. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18745>

Challenges of the procedural evidence in the social process and its resources, especially in the face of digital transformation

Susana de la Casa Quesada

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

scasa@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0003-1020-7841>

Abstract

The Spanish Parliament is processing a "package" of legal reforms to promote a digital Justice Administration, also in the field of procedural evidence. However, the social jurisdiction maintains many resistances, because it contradicts the basic principles of the social process. Likewise, judicial practice knows a greater presence of evidence based on conversations carried out through information and communication technologies (e-mail, social networks, WhatsApp, etc.). The Supreme Court attributes the value of documentary procedural evidence to e-mail but has not ruled on WhatsApp. In this situation, there is no unity of criteria in the doctrines of social supplication on how such evidence should be qualified. This study defends, on the one hand, that, as a rule, all the tests can be carried out electronically, of course that of expert ratification, unless, due to its characteristics, the electronic practice could harm some of the interests at stake or not meet the guarantees of authenticity due. Likewise, digital evidence that enjoys the necessary guarantees of authenticity must be classified as documentary procedural evidence. Consequently, these technological tests must open the review of facts in supplication (and in cassation).

Keywords: procedural evidence; labor process; technological evidence; social jurisdiction; expert evidence; appeal resources; WhatsApp.

Received: 20-03-2023 / Accepted: 29-03-2023 / Published (online preview): 11-04-2023

Citation: Casa Quesada, S. de la. (2023). Challenges of the procedural evidence in the social process and its resources, especially in the face of digital transformation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 119-150. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18745>

Sumario

1. Introducción: transformación digital y (relegado) proceso social en las reformas legales proyectadas
2. A vueltas con la verdad (material) e igualdad de oportunidades en el ámbito de la prueba para el proceso social (y sus recursos)
3. La prueba, ámbito de especial desequilibrio de la relación procesal derivado de la desigualdad contractual: técnicas correctoras novedosas en la LRJS
 - 3.1. Enfoque dogmático-realista: la igualdad de armas jurídico-procesales como imperativo de igual oportunidad de prueba
 - 3.2. De la dogmática a las leyes y a la práctica forense: la contradicción como presupuesto del derecho a la igualdad de oportunidades
 - 3.2.1. Planteamiento general
 - 3.2.2. La dispar experiencia de la prueba pericial forense y necesidad de reforma legal para que se normalice, no para que se restrinja
 - 3.2.3. La prueba anticipada y el principio de contradicción en el proceso social: ¿incoherencia normativa o adaptación a la realidad?
 - 3.3. La técnica «compensadora» mediante reglas especiales de la actividad de prueba basada en las presunciones legales
 - 3.4. Las reglas especiales de facilitación del juego de la distribución de la carga de la prueba a favor de la persona trabajadora (art. 96 LRJS)
4. Dificultades prácticas y resistencias culturales al desarrollo de la prueba en el proceso social mediante canales digitales: las propuestas de reforma legal
 - 4.1. Programa reformador: apertura legal proyectada, en el proceso civil, a la realización telemática de actuaciones probatorias
 - 4.2. El posibilismo legal en el proceso civil se torna resistencias en el social: los principios del proceso laboral, ¿obstáculo real o excusa cultural?
 - 4.3. Un análisis particular de determinadas pruebas en su realización digital: la prueba testifical e interrogatorio de partes
 - 4.4. Digitalización del proceso social y su proyección en la prueba pericial: ¿ha dejado de tener sentido la ratificación presencial del dictamen-informe?
5. La prueba de revisión de los hechos en suplicación y su actualidad a través de las nuevas pruebas tecnológicas: ¿son o deben ser todas documentales?
 - 5.1. Las disfunciones de la prueba de revisión de hechos en suplicación y el lastre de la sobrecarga del orden social para su necesaria reforma
 - 5.2. Eventual impacto de la prueba digital como documental en una mejora de la revisión fáctica dentro del recurso de suplicación: evolución dispar
6. Alguna observación más final que conclusiva

Referencias bibliográficas

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 de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho.

L. Muñoz Sabaté (*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*)

No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis.

Biblia, Mateo 7, 17-20

1. Introducción: transformación digital y (relegado) proceso social en las reformas legales proyectadas

La omnipresencia de la tecnología digital, en la sociedad, en la economía y, por lo tanto, en el trabajo, se ha convertido ya en un tópico, en un lugar común, que lejos de estar agotado irá en aumento. Todo ámbito de las relaciones humanas está ya envuelto o condicionado, en mayor o menor medida, por la innovación tecnológica en general, y por la digitalización en particular. Desde luego, así sucede en las relaciones de empleo (por ejemplo, procesos de selección, formación profesional, agencias de colocación, etc.), en las de trabajo (por ejemplo, gestión analítica de datos en los entornos de trabajo; el conflicto intenso y cada vez más frecuente entre las razones de empresa en la maximización tecnológica del rendimiento y el control frente a los derechos fundamentales de la persona trabajadora) y de Seguridad Social (por ejemplo, la automatización de procesos prestacionales y de control frente al fraude), por lo que a nuestras disciplinas atañe (para una visión actualizada y sistemática, con enfoque nacional e internacional, la obra colectiva dirigida por Molina Navarrete y Vallecillo Gámez, 2021). Sin embargo, menos frecuentes, por el momento, son los estudios jurídicos en el ámbito sociolaboral relativos al impacto de esa transformación digital en el desenvolvimiento de las relaciones procesales entre las empresas, las personas trabajadoras y la Administración de Justicia, ya sea en el proceso, ya, incluso, en el sistema de recursos extraordinarios del orden social, que no se limite al ámbito, ciertamente importante y muy polémico, de la licitud de la prueba tecnológica (Godino Reyes, 2021; UGT, 2023).

Precisamente, este es el ámbito en el que se quiere situar este estudio, y de forma más particular en lo relativo al impacto de la transformación digital en una de las fases más determinantes del proceso jurisdiccional, el de la prueba, con su incidencia también en los recursos, cuya singularidad en el orden social abre específicas cuestiones. Desde esta perspectiva, parece claro, y la pandemia ha sido un significativo banco de pruebas para evidenciar sus potencialidades, también sus riesgos y debilidades, que en mundos como el nuestro, más en el futuro próximo, donde la digitalización orienta la economía y la sociedad, también el trabajo, la creciente litigiosidad exigirá que todos los procesos jurisdiccionales, también el proceso social (laboral)¹, deban adaptarse a estos renovados escenarios, con un impacto significativo en todas sus fases integrantes (de ahí que surjan, no sin fuerte polémica, las figuras del «juicio telemático» y el «expediente digital judicial») y, sin duda, en el ámbito de la prueba. No por casualidad, en este momento se tramitan hasta tres proyectos de ley ligados, de un modo u otro, a esta transformación, poniendo énfasis en la eficiencia jurisdiccional, en un triple nivel: procesal, organizativo y digital.

Ciertamente, no es la prueba en general, ni mucho menos en el ámbito procesal social (Sanz Tomé, 2006), una cuestión especialmente atendida en esta tríada reformadora legal, con unos tiempos y ritmos muy desiguales en su tramitación parlamentaria, aunque no está totalmente ausente, por supuesto. En especial el proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia² (PLMEP) dedicará alguna, escasa, atención a este tema, pese a ser capital para la suerte del proceso. Desde luego así sucede con las condiciones para la licitud de la prueba, hoy tan significativo por la irrupción de nuevos medios de prueba basados en la innovación tecnológica, proyectando reformar el artículo 287 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), reforzando las facultades, de oficio para la jurisdicción o a instancia de parte, para poner de relieve la posible vulneración de la prueba de derechos fundamentales, en procedimientos de índole escrita –como los civiles–, pero también verbales, como los sociales. Aunque bien sabido es que el proceso social cuenta con su propia regulación a tal fin, una novedad de las más relevantes de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (art. 90).

Pero hay otros aspectos relativos al régimen para la práctica de buena parte de los medios de prueba (documental, pericial, testifical) a través de cauces telemáticos, ampliando esa posibilidad (por ejemplo, nuevo art. 137 bis LEC). El objetivo perseguido, a grandes rasgos, es una suerte de normalización de los regímenes excepcionales de actuaciones procesales y juicios telemáticos que, por razones de índole pragmática, se impusieron con

¹ Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1127/2020, de 16 de diciembre:

[...] la notificación telemática de una resolución judicial a un profesional del derecho constituye un acto de comunicación plenamente válido que debe desplegar sus efectos, sin que ello suponga una aplicación irrazonable de las normas procesales. El hecho de que el juzgado de lo social hiciera sus notificaciones por correo certificado no impide que el TSJ [tribunal superior de justicia] las realice telemáticamente a los profesionales del derecho, las cuales deben desplegar todos sus efectos.

² https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF#page=1

la pandemia, a través de recomendaciones por los órganos de Gobierno judicial (Consejo General del Poder Judicial –CGPJ–, 2020a). Sin embargo, en el ámbito social suele verse con más recelo, por entender, quizás con exceso de cautela, que erosiona los principios fundamentales del proceso social, en especial los de intermediación y concentración (art. 74 LRJS), aunque no solo (Molins García-Atance, 2021; San Cristóbal Villanueva, 2020).

La digitalización promete agilización, pero, al menos de inicio, puede traer mucha más carga de trabajo judicial, lo que es temido, en un momento de enorme saturación. Piénsese en la promoción del «expediente judicial electrónico» (EJE) (permite –a través de la Plataforma Acceda– a quienes actúan profesionalmente el acceso telemático seguro a los documentos de los procedimientos en los que son parte). Pensado para que facilite la gestión procesal (también tiene dimensión de eficiencia económica y sostenibilidad ambiental: se dice que ya ha ahorrado más de 24 millones de € al sector profesional y evitado la emisión a la atmósfera de 2.000 toneladas de CO₂), el órgano judicial lo ve como nuevo factor de sobrecarga judicial, sumado a las secuelas de la pandemia y ahora de la huelga indefinida del personal letrado de la Administración de Justicia (LAJ)³. Y ello porque obliga a que, si se aportan documentos o informes (dictámenes) periciales en soporte analógico (papel), será obligación del juzgado digitalizarlos para incorporarlos al EJE.

Las reformas proyectadas no son ajenas a esta cuestión. Ya el PLMEP alude a la digitalización en más de un punto de su exposición de motivos, siempre con el horizonte de la «necesaria agilización», a cuyo servicio se debería poner «la efectiva transformación digital de la Administración de Justicia». Con este fin se introduce la obligación de remisión al juzgado, por las Administraciones públicas, en los procedimientos que prevea la remisión de sus expedientes, en un soporte electrónico (reformas proyectadas de los arts. 48, 51, 78, 116 y 127 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para imponer la remisión electrónica del expediente administrativo). No se modifica la LRJS, en cambio, donde se prevé solo facultativamente (arts. 77.2, 82.4, 124.9 y 10, y 143.1).

En estos marcos de cambios de la realidad y proyectos reformadores, nos parece de especial interés abordar, siquiera parcialmente, la cuestión de los retos o desafíos que el proceso social, y su sistema de recursos extraordinarios (en especial, suplicación), tiene planteados en relación con el régimen de la prueba. Un régimen que, como es bien sabido, regulado en los artículos 87 y siguientes de la LRJS, tiene una ordenación muy parca, lacónica, dentro de la «ley de ritos social» y, en consecuencia, se hace extremadamente tributaria del papel supletorio de la LEC. Pero, como se ha apuntado, la creciente apertura

³ Pese a los intentos de algún juzgado social que ha tratado de aprovechar la creciente digitalización de las actuaciones procesales para promover soluciones que concilien la huelga (y su naturaleza de derecho fundamental) con el impulso del proceso, sin frenar la vista, reflejo de otro derecho fundamental (tutela judicial efectiva). *Vid.* el célebre, y polémico, Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 28 de febrero de 2023.

del proceso civil a la penetración tecnológica en el régimen de prueba no deja de suscitar problemas de coherencia. Naturalmente, aunque con mayor o menor conexión con la tecnología, en su sentido más amplio, hay otros retos que el régimen de prueba en el proceso social debería afrontar y que las proyectadas reformas podrían aprovechar para resolver, al menos clarificar y tampoco lo han hecho, o no lo incorporan de momento. Precisamente, y sin pretenciosidad de detalle, el objeto de este estudio es identificar algunos aspectos de relieve a tal fin y, en su caso, proponer soluciones para la reforma, actual o futura. En suma, junto a algún aspecto reciente de la prueba tecnológica veremos cuestiones de práctica tecnológica de la prueba.

2. A vueltas con la verdad (material) e igualdad de oportunidades en el ámbito de la prueba para el proceso social (y sus recursos)

Antes de entrar en el análisis jurídico más operativo, identificando algunos de los que se han denominado «retos» o «desafíos», temas pendientes de reforma o clarificación como se pueden llamar también menos pretenciosamente, en materia de prueba para el orden social, aventurando alguna propuesta de solución, en el actual contexto reformador, nos parece de interés realizar algunas observaciones generales sobre el sentido y alcance de la prueba en el proceso social (también, con sus profundas modalizaciones, en el recurso de suplicación, principalmente). Ciertamente, se trata de aspectos conocidos, tratados desde antaño por la doctrina científica procesalista, común y especializada en lo social, nacional y extranjera, hasta incluso considerados ya «superados». Sin embargo, aquí se entiende que, en los actuales contextos de renovación económica y tecnológica, también sociocultural, no dejan de tener cierta relevancia y recobran actualidad, condicionando u orientando la «hoja de ruta» de las reformas propuestas y en gran medida orilladas –conviene decirlo– en las que se proponen en el actual «paquete reformador».

En última instancia, no puede (no debe) olvidarse, o infravalorarse, que la innovación tecnológica en el ámbito de las relaciones procesales sociales no solo tiene la finalidad de mejorar las capacidades de las partes para ganar en eficacia probatoria en defensa de su interés o pretensiones, también ha de servir para una mejor aproximación entre la verdad jurídica y la real, así como la propia igualdad de oportunidades procesales. Un imperativo exigido para garantizar la efectividad de la tutela judicial en igualdad de armas procesales, atendiendo al contexto de desigualdad material que representa el contrato de trabajo (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 125/1995, de 24 de julio⁴). Precisamente, uno

⁴ Fundamento jurídico 4, párrafo segundo. Por eso:

[...] ya en la STC 3/1983 se afirmaba que [...] la desigualdad originaria entre trabajador y empresario tiene su fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula.

de los ámbitos donde más se nota este desequilibrio, no solo material, sino jurídico, entre los sujetos de la relación de trabajo y en su condición de partes de un proceso social, será el de la prueba, de ahí la necesidad de atender, desde las leyes y su aplicación judicial, a la garantía del principio de igualdad de armas procesales como equidad de oportunidades reales para convencer al órgano judicial de la certeza de los hechos esgrimidos y, en consecuencia, la justicia de su pretensión por corresponderse con la (su) verdad jurídica.

Es una máxima de experiencia forense que «los juicios no se ganan con la verdad, se ganan o se pierden con la prueba, mediante la cual es posible convertir lo falso en verdadero o lo cierto en irreal» (Moro Valentín-Gamazo, 2018). Desde un plano realista, la prueba busca dar certeza a los hechos controvertidos (y no notorios, art. 281.4 LRJS), en los que se sostiene una pretensión (art. 87 LRJS), para aplicar el derecho (no requiere prueba de hechos si es jurídica solo la cuestión de fondo, art. 85.5 LRJS). Pero, en un plano axiológico, en el proceso social no deja de tener relevancia la búsqueda de la verdad material (Falcón, 2006, pp. 593 y ss.; Loutayf Ranea y Solá, 2017, pp. 10 y 11). Rige el principio dispositivo y de justicia rogada, como el civil, pero conoce reglas especiales de atribución de la carga probatoria (arts. 217 LEC y 96 LRJS) y poderes reforzados al órgano judicial para fijar la situación fáctica y jurídica real (por ejemplo, diligencias finales ex art. 88 LRJS, justificada excepción respecto del proceso civil ex art. 217.1 LRJS). Además de afectar intereses de relevancia social, está en juego la garantía de efectividad de la igualdad de las partes, pero atendiendo al contexto material (desigualdad material y jurídica), para remover obstáculos procesales ex artículo 9.2 de la Constitución española (CE).

En este sentido (Taruffo, 2009, p. 36) se apelaría al concepto de «verdad procesal contextual», esto es, de adaptación de la verdad a cada contexto procesal en juego. Este debate clásico cobra actualidad, a juicio de un sector de la doctrina científica, en lo que llama «batalla por la prueba tecnológica» (por ejemplo, videocámaras), ante la «política jurisdiccional de ensanche del derecho fundamental a la prueba empresarial del verdadero hecho ilícito laboral» (Molina Navarrete, 2021a, pp. 206 y ss. y 450 y ss.). Para ilustrarlo trae a colación la lectura laxa jurisprudencial del polémico asunto López Ribalda.

En efecto, si en el plano teórico, discursivo o dogmático, no hay preferencia, sino necesidad de equilibrio mediante un juicio ponderado, en el plano concreto, tiende cada vez más a prevalecer el derecho fundamental a la prueba empresarial, incluso respecto al derecho a la protección de datos. Este se relativiza al desvincular la eventual ilicitud de la prueba tecnológica (más eficaz por lo común) de la calificación final de la decisión empresarial, como el despido. De este modo, la jurisprudencia (STC 61/2021, de 15 de marzo) deja abierta la facultad de probanza de la verdad fáctica del incumplimiento por otros medios. En la práctica, no en la teoría, se reduce el valor práctico de la doctrina del fruto del árbol envenenado (STS americano de 26 de enero de 1920, caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*⁵),

⁵ <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/251/385.html>

asumida desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, y positivada en las leyes (arts. 11 Ley orgánica del Poder Judicial y 90.2 LRJS). En suma, la regla general tenderá a ser la denominada «teoría de la desconexión de la licitud o no de la prueba», pese a violar derechos fundamentales y la calificación del despido (se descarta la teoría de la irradiación a favor de la de la autonomía, salvo casos específicos).

Una buena síntesis de doctrina constitucional y jurisprudencial de esta materia la llamamos, si bien en la anulada no era una prueba tecnológica, sino de registro físico, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia 925/2023, de 15 de febrero. Anulada la prueba obtenida por el registro de un maletín olvidado por una empleada y entregado a la dirección por otra, que a su vez lo recibió de otra externa (establecimiento abierto al público), asume que la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido, pudiéndose probar a través de otros medios, siempre que no estén vinculados a la anulada. Ausente esa prueba, se calificará el despido como improcedente, con una indemnización adicional por daños (6.000 €) derivados de la obtención de una prueba ilícita y su aportación indebida en el juicio oral.

3. La prueba, ámbito de especial desequilibrio de la relación procesal derivado de la desigualdad contractual: técnicas correctoras novedosas en la LRJS

3.1. Enfoque dogmático-realista: la igualdad de armas jurídico-procesales como imperativo de igual oportunidad de prueba

No hay justicia social sin igualdad real de armas procesales. El principio cardinal de cualquier rama del derecho procesal es el de la igualdad de partes en la disposición y uso de armas procesales para la defensa de sus pretensiones en derecho (arts. 6 Convención Europea de Derechos Humanos y 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Loutayf Ranea y Solá, 2017), también en el ámbito de la prueba. En términos más directos, la igualdad probatoria significa que la ley, y el órgano judicial, deben garantizar la práctica de prueba en tales condiciones que no aventajen, o desfavorezcan, a una parte respecto de la otra (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2003, *Ocalan c. Turquía*, entre muchas⁶).

Como señala la doctrina (Carnelutti, 1979, p. 45; Falcón, 2003, p. 140), la producción de la prueba queda concretada en el principio de igualdad de oportunidades y actuación

⁶ Toda persona parte de un proceso «debe tener una oportunidad razonable de presentar el caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial con su contraria».

de buena fe (leal, honesta y con probidad). Por supuesto, aunque en materia procesal se postula una igualdad formal, no puede descontextualizarse, como se dijo, de la desigual relación material y jurídica laboral (Carbone, 2011, p. 1.265; Molina Navarrete, 2020). Como evidenció el TC español, la prueba procesal es uno de los campos que más reflejan el desequilibrio inherente a las relaciones de trabajo.

3.2. De la dogmática a las leyes y a la práctica forense: la contradicción como presupuesto del derecho a la igualdad de oportunidades

3.2.1. Planteamiento general

Por eso, una de las líneas de mayor relevancia y novedad de la LRJS fue reforzar las clásicas, y añadir nuevas, reglas o técnicas que permitan dar concreción o actualización normativa, y luego práctica, al principio de igual oportunidad real de prueba. Destacamos las tres siguientes. A saber:

- La garantía plena del principio de contradicción como presupuesto del derecho a la igualdad de oportunidades probatorias.
- Reglas especiales de juego de la prueba basadas en las presunciones legales.
- Las reglas de favor en la distribución de la carga de la prueba.

En este epígrafe analizaremos brevemente el primero y alguna proyección concreta, para la prueba pericial, que permite verificar en la práctica la crítica teórica. Las otras dos técnicas merecerán sendos –breves– epígrafes. Desde esta visión del principio de igualdad de partes como el doble imperativo de la paridad de oportunidades y de audiencia, la ley ordenadora de la actividad probatoria de una de las partes en conflicto o litigio no podría crear, respecto de la contraparte, una situación de ventaja o de privilegio, ni el órgano judicial podrá dejar de garantizar un tratamiento equivalente a ambas. La consecuencia coherente de ello es la regla de la bilateralidad o principio de contradicción: «en cuya virtud cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída y de producir pruebas respecto de lo afirmado y confirmado por la otra» (Loutayf Ranea y Solá, 2017, p. 6).

La «hoja de ruta jurisdiccional» para la fase probatoria que deriva de este principio queda nítidamente pergeñada: la ley, a través de la aplicación judicial efectiva, deberá (Devis Echanúa, citado en Falcón, 2003, p. 140):

- posibilitar a ambas partes conocer los medios de prueba presentados por cada una de ellas, a fin de poder participar en su práctica;

- oponerse si así lo estima conveniente a su pretensión, cuestionando las pruebas en primer lugar (esta regla de experiencia es fundamental en la prueba tecnológica, como estamos viendo de continuo en la práctica forense) y, de aceptarse,
- analizarlas con detalle desde su posición o pretensión, para persuadir al órgano judicial del valor que ha de darse realmente, en el momento de las alegaciones.

3.2.2. La dispar experiencia de la prueba pericial forense y necesidad de reforma legal para que se normalice, no para que se restrinja

Si de la doctrina general probatoria pasamos a la ley de ritos social, bien conocido es que la garantía de este principio jurídico-procesal axial requiere que la práctica de la prueba (testifical, pericial) quede sometida al doble interrogatorio (de la parte que ha propuesto las pruebas y de la contraparte). De ahí, pues, que deba comparecer en juicio para ratificarse en el eventual informe pericial emitido, sin perjuicio de las especialidades cuando procedan de las Administraciones públicas (no será necesaria ratificación de sus informes si la documentación administrativa obra en el expediente que ha de aportarse de forma preceptiva, según la modalidad procesal en juego).

Qué duda cabe de que, en este ámbito, una modalidad de prueba pericial de relevancia mayor en el proceso social, en especial en los relativos a contingencias profesionales, en la reclamación de prestaciones y en la petición de responsabilidades por vulneración de derechos fundamentales vinculados a la integridad y a la salud, es la prueba de medicina forense (art. 93 LRJS). Una prueba que puede introducirse también de oficio.

Es una clara expresión del paradigma de la justicia social como propia o «natural» de personas con especiales situaciones de necesidad o más vulnerables, de modo que no se pueden permitir, o tienen más difícil acceso, a la prueba pericial privada. Como una regla singular procesal de esta prueba, no es ocioso recordar que esta prueba pericial forense (pública) no precisa que sea ratificada necesariamente en juicio. Conviene tener en cuenta que una cosa será esta facultad del órgano judicial (en principio discrecional, si bien hay situaciones en que deviene obligatoria, por ser necesario su informe) y otra bien diferente la de la parte que carezca de recursos y disfrute del beneficio de justicia gratuita, que tiene derecho a solicitarla, en cuyo caso debería practicarse, so pena de incurrir en un obstáculo indebido a la defensa efectiva, de forma obligatoria (por ejemplo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2016, rec. 2969/2015; Canarias/Las Palmas 456/2016, de 31 de mayo; La Rioja de 1 de noviembre de 2015, rec. 305/2015).

Sin embargo, lamentablemente, no parece esta la práctica mayoritaria forense social, pues sigue existiendo una gran disparidad de lecturas o criterios jurisdiccionales de un mismo precepto procesal, de modo que:

- Una minoría de tribunales atribuye carácter automático a la prueba de esta práctica pericial forense (pública) si se constata el beneficio de justicia gratuita (función de progreso mediante la remoción de obstáculos procesales).
- La mayoría continúa atribuyéndole naturaleza discrecional, pese al beneficio de justicia gratuita, su rechazo no generaría indefensión (por ejemplo, SSTSJ del País Vasco 159/2017, de 24 de enero –incapacidad permanente–, y de Murcia 1065/2017, de 5 de diciembre).

En última instancia, se entiende, una cosa sería la insuficiencia de recursos reales para la práctica de pruebas y otra la asistencia jurídica gratuita, con una distinción que es difícil de asumir, conceptual y normativamente, por cuanto supone introducir por vía judicial una distinción que lejos de facilitar la efectividad de la defensa levantaría un claro obstáculo. Tampoco la reforma se preocupa de esta disfunción, dificultando no el acceso a la jurisdicción social, sí su efectividad. La reforma legal proyectada (PLMEP) no clarifica este aspecto, quedando en manos de las prácticas o usos de cada tribunal, con la consiguiente inseguridad y desigualdad para quien busca justicia social, perjudicando claramente a la persona trabajadora. No compartimos la posición de quien considera que la reforma debería dirigirse en el sentido de reafirmar:

[...] que la práctica de la prueba del médico forense es facultad del tribunal, sin que proceda imponerse de forma imperativa por el mero hecho de disfrutar de la justicia gratuita [y sin perjuicio de que el órgano judicial tenga la facultad de] tener en cuenta las circunstancias personales y económicas [...] para determinar si procede o no [...] (López Hormeño, 2021, p. 20).

3.2.3. La prueba anticipada y el principio de contradicción en el proceso social: ¿incoherencia normativa o adaptación a la realidad?

Acabamos de recordar que una de las exigencias del principio de contradicción en el momento probatorio es la de permitir o posibilitar a las dos partes del proceso conocer las pruebas practicadas, o a practicar, a fin de dar las debidas razonables oportunidades a ambas partes «contendientes» procesales para intervenir en ellas y extraer lo que convengan más a su pretensión. Eso significa, por lo tanto, que el estándar de igualdad probatoria entendido como equivalencia razonable de oportunidades exige que ese doble derecho (a conocer, primero, a ser oído después) se mantenga en todas y cada una de las etapas probatorias (ofrecimiento, práctica y valoración), garantizado «con facultades reales, no con solemnidades rituales inaceptables» (Loutayf Ranea y Solá, 2017). Garantías de efectividad que incluso deben darse en momentos previos a su práctica.

Pues bien, dentro de esta perspectiva, clásica pero renovada, los artículos 78 y 84.2 de la LRJS contemplan la prueba anticipada. Una posibilidad para la parte que pretenda

demandar (actora o demandante) o presuma que va a ser demandada, solicitándola previamente al órgano jurisdiccional (no solo antes del juicio, sino incluso antes de la demanda). Entre las situaciones previstas a tal fin, destaca el artículo 84.2 de la LRJS, para los casos de prueba voluminosa o de especial complejidad, admitiendo práctica incluso de oficio:

De oficio o a petición de parte, podrá requerirse el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba.

En un plano general, esta posibilidad de conocimiento anticipado de documentos e informes de utilidad para la demanda, pero indisponible en ese momento, en especial para la persona trabajadora, busca garantizar esa dimensión de la igualdad procesal de las armas en juicio como oportunidades iguales o equivalentes razonablemente. Así, ambas partes tienen el tiempo necesario para obtener la información adecuada o de vida en el ejercicio eficaz de su derecho de defensa. En el marco de la pandemia (por ejemplo, art. 19 RDL 16/2020 y CGPJ, 2020a), cierto número de juzgados de lo social incluyeron medidas de este tipo para la agilización de las vistas.

Se ha criticado que esta novedad legal supuso desvirtuar el proceso social de algún modo, erosionando más que el principio de igualdad de armas los tradicionales de oralidad y concentración en juicio, típicos del proceso social. A mi juicio, sería una regla que traduce la necesidad de concretar normativa y prácticamente la necesidad de igual oportunidad probatoria para ambas partes, sin ventajas ni oportunismos. Pese a todo, aunque sorprenda, y al margen de que la ausencia de esta prueba pueda usarse en perjuicio de la contraparte (art. 94.2 LRJS), la ley no prevé consecuencia específica para los casos en que no se ofrezca la prueba requerida, o se exhiba solo parcialmente. La experiencia práctica muestra que el sistema vigente tiene algunos remedios (por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2015, rec. 7/2015), como son los apremios pecuniarios (López Hormeño, 2021, p. 13). Conviene advertir que el PLMEP no contempla catálogo alguno de medida específica a adoptar para el caso de que la parte exigida de anticipación de prueba (documental por lo general, si bien no se descarta, en caso de que pudiera perderse su práctica, la testifical), que habitualmente es la empresa, no sea diligente al respecto (si se menciona específicamente, por ejemplo, la incomparecencia injustificada al acto de conciliación). Y ello pese a que sí repara en la modificación de los artículos 75.4 y 97.3 de la LRJS (sanciones pecuniarias).

3.3. La técnica «compensadora» mediante reglas especiales de la actividad de prueba basada en las presunciones legales

La exigencia de igualdad procesal debe encuadrarse en condiciones no abstractas, sino concretas, a fin de que cobre vida como imperativo de justicia sustantiva también (Calamandrei,

1960, pp. 178 y ss.). Este enfoque sustantivo resulta especialmente relevante en el ámbito del proceso social. Desde esta perspectiva, la técnica de las presunciones (a partir de la prueba de un hecho se deduce o se infiere otro distinto, en virtud de la conexión legal y/o judicialmente fijada) tiene un valor determinante o muy significativo.

Este imperativo procesal social forma parte coherente y derivada de la íntima relación o interacción entre el derecho procesal y el derecho sustantivo. No por casualidad la gran mayoría de presunciones se recogen en normas sustantivas (por ejemplo, arts. 8, 15 y 55.5 Estatuto de los Trabajadores –ET–; art. 156 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–), raramente en procesales, sociales (por ejemplo, art. 20 LRJS) o comunes (por ejemplo, arts. 385 y 386 LEC), compensando en la relación procesal la desigualdad sustantiva. A su través, la exigencia jurídico-constitucional de dar certeza a la fijación de los hechos (probados), un momento de especial importancia en un proceso de instancia única y recursos extraordinarios (sin segunda oportunidad para la revisión de los hechos desde una valoración plena del grado de suplicación, salvo que se den los restrictivos presupuestos fijados legal y jurisprudencialmente en la materia), pero también de extrema dificultad, se cumpliría de una forma favorable a las personas trabajadoras. Estas se ven eximidas de prueba plena de los hechos (en más de una ocasión, también de los daños) sobre los que se sostendría su posición o pretensión procesal.

No obstante, si bien es cierto que, por lo general, la mayoría de presunciones se formulan a favor de las pretensiones sostenidas por la parte trabajadora, la dimensión transaccional típica de las normas laborales, o su ambivalencia, también se refleja en esta cuestión procesal. Las empresas no carecen de presunciones legales para favorecer su posición gestora, en especial aquellas que, reforzadas tras la reforma laboral de 2021, dan preferencia a las medidas de flexibilidad interna sobre la externa. Así sucede cuando media acuerdo con la representación laboral a tales fines (arts. 41.4, 47.1 y 82.3 ET), con lo que se refuerza también el valor de la gestión colectiva o autorregulación de empleo, aunque acumule más de una crítica, desde la ortodoxia jurisdiccional más extrema, por tener efectos de carácter erosivo en el derecho a la tutela judicial efectiva, pese a que la jurisprudencia social ha venido mostrando su aval (por ejemplo, STS de 2 de julio de 2018, rec. 2250/2016, luego ratificada en innumerables ocasiones).

Ahora bien, fuertemente cuestionada-contestada en la doctrina de suplicación de algunos tribunales superiores, invocando la prevalencia de las normas internacionales (por ejemplo, art. 9 Convenio 158 Organización Internacional del Trabajo), habría recibido un revés de consideración con la STC 140/2021, de 12 de julio, al considerar inconstitucional que se limite a la persona trabajadora impugnar individualmente un despido económico, pese a traer causa de un despido colectivo acordado. A su entender, ni el artículo 51.6 del ET ni el 124 de la LRJS obstaculizarían esa impugnación amplia individual.

Tampoco la reforma legal proyectada para la eficiencia procesal ha tenido a bien, al menos de momento, prever un cambio en este punto. Una intervención legislativa que, sin embargo, convendría realizar, para clarificar y evitar el exceso actual de conflictividad

judicial, saturando aún más la jurisdicción social. Una reforma del artículo 51 del ET en el sentido de los artículos 41, 47 y 82.3 podría ser efectiva en tal sentido, aunque no dejaría de plantear problemas respecto de las citadas normas internacionales, que tienen, como es bien sabido, una eficacia prevalente, y que requiere más atención a este nivel suprallegal, en detrimento del clásico «patriotismo normativo» (Molina Navarrete, 2021b, p. 170).

3.4. Las reglas especiales de facilitación del juego de la distribución de la carga de la prueba a favor de la persona trabajadora (art. 96 LRJS)

No cabe duda de que una cuestión fundamental, en el debate recordado, hoy menos actual, entre la dialéctica verdad material versus verdad formal o procesal, es la relativa a la carga de la prueba. Las diferencias esenciales entre ambas se reducirían, o diluirían, si la verdad jurídica es entendida como el mejor modo de aproximación a la verdad real, en virtud de las reglas jurídicas y de investigación. El proceso dispositivo prueba hechos y estima la pretensión si cumple con la carga de la prueba; desestima en caso contrario. En los procesos de interés general, la carga de la prueba se ve atenuada o se aumentan los poderes del juez en materia probatoria (Falcón, 2006, p. 595; Oteiza, 2009, pp. 195 y 196).

De ahí, introducir también reglas que modulen esa distribución de la carga de la prueba a favor de la posición probatoria de una de las partes, a fin de evitar que los problemas de disponibilidad de prueba perjudiquen a la parte más débil y de la que la norma tiende a presumir que esa defensa se aproxima más a la verdad material (por ejemplo, reglas de facilitación de la carga de la prueba, facultades de investigación de oficio para el órgano judicial). En este ámbito, otra de las principales novedades de la LRJS (que busca una clara mejora de favor hacia la persona trabajadora en relación con las del art. 217 LEC) fue la de traducir en letra legal lo que había venido estableciendo la doctrina constitucional y la jurisprudencia social, a fin de facilitar la prueba tanto de los hechos como, sobre todo, de las relaciones de causalidad entre ellos y los incumplimientos empresariales, en dos ámbitos propios de las relaciones laborales de especial trascendencia, jurídica y social:

- En materia de procesos de responsabilidad por daños profesionales, de modo que el actual artículo 96 de la LGSS refleja la evolución jurisprudencial en la materia, en la línea de exigir no tanto una obligación de resultado cuanto una obligación de diligencia muy cualificada, a probar por la empresa.
- En materia de procesos de responsabilidad laboral por daños extrapatrimoniales o vinculados a la violación de derechos fundamentales. Sin duda ha conocido un desarrollo muy profundo en estos años, siendo, quizás, el ejemplo más ilustrativo la indudable hipertrofia que ha tenido la garantía de indemnidad ex artículo 24 de la CE (STS 336/2022, de 18 de abril).

Son las más conocidas y relevantes. Pero no las únicas. Así, por ejemplo, tenemos:

- El desplazamiento a la empresa de la carga de la prueba de la inexistencia de vacantes en las acciones de reingreso tras una excedencia, si se deniega (SSTS de 6 de octubre de 2005, rec. 3876/2004, y 61/2022, de 25 de enero).

Cierto, en apariencia, se trataría de un hecho negativo. Pero no por ello exigir su prueba implica una prueba diabólica. La razón es que solo la empresa dispone de medios suficientes para acreditar que existe o no la plaza vacante, por lo que entraría dentro de la lógica de las reglas de facilitación de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC.

- Cuando la parte contraria tiene el control de la probanza de los hechos que se necesita para acreditar su existencia, de modo que, si no cumple con esa carga legal de aportar los documentos requeridos, cabrá estimar lo alegado basado en ellos (arts. 94.2 y 144.3 LRJS –en materia de Seguridad Social–).

Un ejemplo más de un enfoque legal de flexibilidad probatoria. Se aligera, así, la carga probatoria que derivaría del artículo 1.214 del Código Civil, aunque no sea ajena a la lógica del artículo 217 de la LEC.

4. Dificultades prácticas y resistencias culturales al desarrollo de la prueba en el proceso social mediante canales digitales: las propuestas de reforma legal

4.1. Programa reformador: apertura legal proyectada, en el proceso civil, a la realización telemática de actuaciones probatorias

A fin de convertir en normal la excepción desplegada sistémicamente, por estricta necesidad, en pandemia, el PLMEP prevé varias reformas legislativas, como se anticipó, que afectan a la práctica probatoria a través de diligencias telemáticas. En este programa, ciertamente disperso y parcial, reformador, destaca, en primer lugar, el añadido del artículo 137 bis a la LEC, a fin de facilitar la realización telemática de las actuaciones judiciales, mediante videoconferencia. Así, tras remitir en su apartado 1 al artículo 147 de la LEC, a fin de documentar las «actuaciones judiciales por videoconferencia», señala:

2. Los profesionales, así como la partes, *peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. En el caso*

de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde la oficina judicial de su domicilio o de su lugar de trabajo.

3. Cuando el juez o la jueza, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente.

[...]

Las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, y víctimas menores de edad o con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia [...] o desde cualquier otro lugar si así lo estima oportuno el juez, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención conforme a lo que se determine reglamentariamente

4. El uso de medios de videoconferencia deberá solicitarse con la antelación suficiente y, en todo caso, 10 días antes del señalado para la actuación.

No es la única modificación relevante proyectada en este ámbito. Así, se modifican también, en la misma dirección de promover actuaciones probatorias por el canal digital, los siguientes preceptos:

- Artículo 311.1 de la LEC⁷.
- Artículo 313 de la LEC: interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial:

Quando la parte que hubiese de responder al interrogatorio residiera fuera de la demarcación judicial del tribunal, *será examinada mediante videoconferencia en los términos del artículo 137 bis de esta ley*; en otro caso, podrá ser examinada por vía de auxilio judicial [...].

- Artículo 346: emisión y ratificación del dictamen por el perito que el tribunal designe⁸:

⁷ «1. En el caso de que por enfermedad que lo impida o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera esta comparecer en la sede del tribunal, y no dispusiera de los medios para hacerlo por videoconferencia, o el órgano judicial no lo considere conveniente, a instancia de parte o de oficio, se podrá prestar la declaración en el domicilio o residencia del declarante ante el juez, la jueza o el miembro del tribunal que corresponda, en presencia del letrado de la Administración de Justicia».

⁸ «El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar por medios electrónicos al tribunal en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a las partes por si consideran necesario que el perito deba intervenir en el juicio o en la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean

Cuando el perito que deba intervenir en el juicio o la vista resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia.

- Artículo 364 de la LEC: declaración domiciliaria del testigo⁹.

4.2. El posibilismo legal en el proceso civil se torna resistencias en el social: los principios del proceso laboral, ¿obstáculo real o excusa cultural?

El sentir mayoritario de la doctrina judicial y científica es el de que tal programa de cambios no tiene gran significación, desde luego no revolucionario o radical, en el clásico proceso civil, máxime tras la experiencia pandémica. En cambio, su proyección eventual en el proceso social levanta un buen número de críticas, por cuanto vendría a contradecir principios axiales del mismo, al menos según el sentir mayoritario, aunque quizás resulte excesivo. El presupuesto fundamental de este desajuste, real o pretendido, se vincularía a una característica singular del proceso social: es el único que, en una defensa plena o radical de la oralidad, no contempla el trámite de contestación escrita a la demanda.

Sobre estos presupuestos, un importante sector de doctrina científica y judicial va relatando los problemas que este tipo de previsiones generarían en el proceso social. Entre otros se señalan:

- Cuando concurren ambas partes al juicio telemático, el traslado de documentos suele hacerse de forma previa (también la aportación del informe pericial), por lo que se rompe el principio de intermediación. Una posibilidad que solo estaría contemplada por la ley como prueba anticipada, según ya se indicó.
- Cuando, desde la práctica forense se reacciona innovando, permitiendo trasladar la prueba con posterioridad a la vista, exige trámite obligatorio de conclusiones por escrito. Pero, entonces, el principio que sufriría es el de la oralidad, no solo el de la intermediación, erosionando, se dice, no solo principios, sino garantías típicas de índole procesal, por lo que solo una reforma legislativa y el perfeccionamiento de los sistemas informáticos podrían asegurarlas (por ejemplo, identidad de las partes que intervienen, la integridad de la documentación actuada).

oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la intervención del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

Cuando el perito que deba intervenir en el juicio o la vista resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia».

⁹ «1. Cuando el testigo resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia».

- Las personas que actúan como testigos deben estar siempre comunicadas, por lo que solo pueden declarar en sede judicial. Esta prueba no se podría celebrar telemáticamente. La conexión telemática sería solo para las partes y sus defensas.

Hemos visto cómo las reformas proyectadas parecen ser más posibilistas para la vía telemática en el proceso civil, lo que, como se ha dicho, levanta suspicacias en la doctrina social, empeñada en considerar que el cauce telemático para la prueba chocaría con los principios del proceso social. Por lo que su progreso o avance no podría-debería hacerse al margen de una reforma legal específica, tan necesaria como urgente, de la LRJS, sin que basten las previsiones realizadas para el proceso civil (Gómez Esteban, 2020; López Hormeño, 2021, p. 33; Molins García-Atance, 2021, pp. 3, 7 y 8). No obstante, el problema no será solo de legalidad (principio de habilitación legal expresa), sino también operativo. La oportuna palabra de ley clarificadora y de promoción, con garantías, apenas cambiará nada de la realidad si no se ofrece, de forma simultánea al cambio legislativo social, un sistema informático adecuado para celebrar el juicio oral y sus actos (por ejemplo, traslado de prueba documental y pericial inmediata y segura).

En el orden social, bien sabido es, la contestación es oral y la prueba documental debe ser aportada en el acto de juicio, con sus ventajas y sus inconvenientes (dilata la celebración del juicio, porque obliga a dar traslado a la contraparte, que debe examinarla para luego poder valorarla, al tiempo que abre un riesgo de indefensión, porque si es difícil la prueba no tendrá tiempo de examen adecuado), que los tiene, sin duda. La opción de la videoconferencia tampoco parece la panacea, porque en caso de que cualquiera de las defensas o representaciones técnicas participantes intervengan desde otro lugar al órgano judicial emerge el grave problema de la aportación autenticada de la prueba documental y el proceloso traslado a las restantes partes procesales. Del mismo modo, la posibilidad de expediente digital judicial (en el marco de la ambiciosa, pero frustrada, Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia) no es, de momento, una ayuda, porque si la prueba no se aporta por medio electrónico, sino por escrito, la digitalización exigirá un tiempo añadido y una carga que complicará más aún el proceso. De ahí que se insista en la reforma de la LRJS para que las pruebas pericial y documental puedan aportarse con anticipación al juicio de forma telemática, facilitando así la creación del expediente digital judicial y el traslado telemático a las partes procesales antes del acto del juicio (plenario).

Pero el acuerdo en esa necesidad no es tal cuando se baja a la concreción de esa reforma. Así, podemos hallar hasta tres posiciones de doctrina científica y/o judicial. A saber:

- Un sector de la doctrina científica pretende una reforma que aproxime mucho más el concepto y dinámica del proceso social al civil. A tal fin, se propone que la ley configure como obligatoria la práctica de aportación previa de las pruebas documental y pericial que se van a utilizar en el juicio. Por tanto, se normalizaría la excepción ahora prevista en los artículos 78 y 84.2 de la LRJS, exigiendo acompañar

con la demanda la prueba documental-dictamen pericial, al tiempo que se demanda, en coherencia, un trámite de contestación a la demanda y aportación con él de los medios de prueba de la contraparte. De este modo, se promovería con más facilidad el propio juicio telemático, porque ya no sería necesario dar traslado de los documentos aportados (Gómez Esteban, 2020; San Cristóbal Villanueva, 2020).

- Otro sector doctrinal propone, dado que la reforma proyectada separa de forma clara el acto de conciliación judicial respecto del acto de juicio, en virtud de la reforma por el PLMEP en el artículo 82.2 y 3 de la LRJS (el acto de conciliación judicial se debe celebrar con una antelación mínima de 30 días hábiles al acto de juicio, salvo excepciones –por ejemplo, tutela de derechos fundamentales–), dejando de ser actos sucesivos, que sea el momento de la conciliación procesal el elegido para hacer aportación de la prueba documental y dictámenes o informes periciales. Una vía más –se dice– de revitalizar ese momento procesal, cuya utilidad es muy dispar.
- Finalmente, otro sector de doctrina judicial se muestra muy crítico con este tipo de propuestas y hace una diferente (Molins García-Atance, 2021, p. 9). En el plano de la crítica, considera erradas las vías de reforma señaladas más arriba. La primera, porque desnaturalizaría el proceso social, causando graves disfunciones en ciertos procesos sujetos a plazo de caducidad, pues exigir que se presente con la demanda toda la prueba documental y pericial, con efectos preclusivos, puede suponer un importante obstáculo procesal y un factor de desigualdad en las armas procesales, facilitando la posición probatoria de la parte demandada, la mayoría de las veces la empresa. La segunda, porque, en realidad, la aportación en la conciliación judicial no haría sino añadir más retraso al acto de juicio oral. En consecuencia, llama a una reforma legal más propia del orden social, generalizando un trámite previsto ahora en ciertos casos (por ejemplo, el comentado art. 84.2 LRJS) y experimentado cada vez más en la práctica forense social más innovadora: la aportación de la prueba documental e informe pericial con al menos 5 días de antelación al plenario oral (juicio).

Las ventajas que de ello derivarían son, al entender de esta doctrina judicial:

- El máximo respeto al principio de igualdad de armas procesales en el ámbito de la prueba, al otorgar las mismas oportunidades, de tiempo (mismo plazo) y de eficacia (mismo plazo para valorar las pruebas).
- La siempre anhelada –los proyectos de reforma dirigidos a diversas facetas de la eficiencia así lo expresan una y otra vez– agilización del juicio social, al prescindir del trámite de espera del examen de contrario dentro de la vista, mejorando de una forma clara el tiempo de examen y valoración adecuados de las pruebas.
- Reduce los usos estratégicos del instrumento probatorio documental por parte de las defensas respectivas, porque el acceso anticipado o previo al momento del juicio reduce la posibilidad de sorpresa para la contraparte.

Cierto, esto quizás mine más de una típica estrategia procesal de uso muy frecuente en la experiencia forense, pero garantizaría mayor equilibrio y evitaría oportunismos.

- Esta regla en nada obsta a que la ley introduzca también la obligación de parte de aportar las pruebas telemáticamente, incorporándose al expediente digital judicial. En todo caso, siguiendo la *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas* (punto 3.4) (CGPJ, 2020b), no se recomienda el uso del *e-mail* a fin de intercambiar documentos, asumiendo las persistentes deficiencias de seguridad.
- Aunque se reconoce que también esta solución se abre al riesgo de que surja la necesidad de aportar nuevos documentos, incluso pruebas de otro tipo, en el plazo que va desde esos 5 días previos al plenario o juicio oral (el momento preclusivo de la prueba documental), se entiende que, además de que el menor intervalo temporal reduce esa eventualidad, siempre queda aplicar por analogía el artículo 270 de la LEC. Incluso, excepcionalmente, se podría aportar en el juicio oral si se acredita que es posterior a la fecha de aportación (o no se pudo conocer antes).

La exhibición telemática en tales casos tampoco puede excluirse o descartarse, pero se reconoce que genera problemas, tanto de identificación (el reconocimiento de firmas) como de seguridad de lo actuado (calidad de lo que se ha visionado) (Molins García-Atance, 2021, p. 11; San Cristóbal Villanueva, 2020). En todo caso, nada se contempla en este sentido en la reforma proyectada. Lo único que hay en el PLMEP es una modificación de la rúbrica y del apartado 3 del artículo 90 de la LRJS, que pretende dar mayor discrecionalidad al órgano judicial social para la solicitud anticipada de diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio¹⁰.

4.3. Un análisis particular de determinadas pruebas en su realización digital: la prueba testifical e interrogatorio de partes

Dado que la reforma proyectada hace algunas incursiones particulares en pruebas concretas, en esta dimensión de práctica digital, merece la pena hacer una exposición, aun breve, de las críticas que recibe su proyección eventual al orden social y la llamada, no

¹⁰ «Artículo 90. Preparación y admisibilidad de los medios de prueba.

3. Podrán asimismo solicitar, al menos con 10 días [la actual 5] de antelación a la fecha del juicio, diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo será de 3 días, y sin perjuicio de lo que el juez, la jueza o el tribunal decida sobre su admisión o inadmisión en el acto del juicio».

escuchada aún en ningún proyecto en tramitación parlamentaria, a una reforma de carácter específico para el proceso social. Así:

1. En lo que concierne a la *prueba personal testifical en el proceso social* (art. 92 LRJS) y su proyección digitalizada, la doctrina científica y judicial, aun dividida, tiende a coincidir en la siguiente configuración de futuro (telemático). A saber:
 - a) La regla general en el proceso laboral debe seguir siendo la presencialidad física de la persona que va a testificar, sin perjuicio de contemplar reglas especiales, a justificar por la parte que pide prueba personal y a valorar por el órgano judicial, cuando sea más razonable (agilidad de la prueba testifical y coste más reducido para el Estado) la declaración telemática.

Una condición para ser admitida debería ser la equivalencia de garantías procesales entre la presencialidad y la testificación telemática. Pero el carácter virtual de la práctica de la prueba personal o por testimonio introduce elementos distorsionadores respecto de la presencial o física. De esta manera, puede privar al órgano judicial de ciertos elementos propios de la intermediación física (gestualidad o lenguaje corporal, las mayores posibilidades de actuaciones oportunistas –dirección del testimonio, simulación de caída de la conexión, etc.–), perdiendo así valor cognitivo (Cardona Fernández, 2021). También se apela a las dificultades de autenticación de identidades de las personas intervinientes, a pesar de que hay sistemas tecnológicos que pueden ser muy precisos. También se cita el problema de las posibles desconexiones no previstas, que llevarían a aplicar las reglas de la incomparecencia, con los efectos perjudiciales para la parte.

No hay, pues, tampoco un estado del arte forense en relación con la prueba personal muy favorable a su ejercicio telemático (Vélez Toro, 2021). Una vez más, pues, la conclusión es: ningún testimonio telemático en el proceso social sin una ley que así lo prevea expresamente y que determine con precisión cuándo se puede pedir y, en su caso, practicar telemáticamente, cómo se debe solicitar dicha declaración y la fecha final para su solicitud. Reconociendo lo razonable de estos planteamientos, a mi juicio, exhiben más una extrema resistencia a los cambios que obstáculos insuperables.

- b) En todo caso, la prueba personal de testimonio en el proceso social debería ser realizada en una sede judicial, aunque esté deslocalizada respecto de la que va a conocer del fondo del asunto (competente).

Aceptada, a regañadientes siempre, la posibilidad de prueba testifical telemática en el proceso social, inmediatamente se advierte de la necesidad de que se practique en una oficina judicial, sea del juzgado que conocerá del asunto, sea en otra más cercana al lugar del domicilio (o lugar de trabajo) de la persona que testificará. Así lo prevé el punto 43 de la Guía del CGPJ (CGPJ, 2020b) y el proyectado nuevo artículo 137 bis de la LEC, reconociéndose que de tal guisa sí sería posible seguir garantizando la integridad de la prueba personal y el valor epistémico de la misma para conocer «la verdad intrínseca del testimonio» (emerge

aquí un remedo de la verdad real, no la formal), porque, además de –en teoría– garantizar una mayor calidad de la captación de su imagen (por tanto gestualidad), previene que el testimonio sea dirigido en su contestación por la defensa, evitando al tiempo que se produzca comunicación entre las personas que testimonian en el proceso. Solo así un testimonio telemático cumpliría con la exigencia de incomunicación entre personas que testimonian del artículo 366.2 de la LEC, aunque se trate de una transmisión en directo, como es la telemática (Molins García-Atance, 2021, p. 14; San Cristóbal Villanueva, 2020).

Como se vio, el nuevo proyectado artículo 137 bis, punto 2, de la LEC tiene una visión más amplia de la prueba personal telemática, aunque la condiciona a dos presupuestos, uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo, que existan medios telemáticos de la calidad debida para que el testimonio deslocalizado mediante declaración telemática se haga desde el lugar que se realice, no merme las garantías procesales requeridas. El subjetivo, que así lo acuerde el órgano judicial, lo que, como es lógico, creará disparidad, porque aquí jugará mucho la «sensibilidad digital» de cada señoría.

2. La prueba de interrogatorio de parte.

Problemas y resistencias análogos se han evidenciado en relación con la prueba típica de interrogatorio de parte. Un sector de la doctrina científica mantiene que las partes en el proceso deben tener la posibilidad de comparecer por vía telemática en el juicio oral para la práctica de la prueba de interrogatorio de parte. En la medida en que esta otra prueba personal no sujeta a la parte interrogada a promesa o juramento de decir verdad, el problema de la pérdida de calidad de la práctica telemática de la prueba no tendría especial influencia para la garantía de intangibilidad de tal medio probatorio.

Con todo, también en este ámbito probatorio se pide una reforma legal expresa, a fin de precisar diferentes términos de la misma, incluido qué sucede si se produce una pérdida parcial o total de la conexión (San Cristóbal Villanueva, 2020). Por eso, una vez más, la orientación mayoritaria de la doctrina judicial es la resistencia a esta prueba telemática, de modo que la regla general y preferente debería seguir siendo la presencia en la sede judicial de las partes para la práctica de la prueba de interrogatorio (Molins García-Atance, 2021, p. 15). La reforma proyectada del artículo 313 de la LEC parece ir en una dirección algo más abierta y posibilista del interrogatorio telemático de parte, en determinados casos, claro.

4.4. Digitalización del proceso social y su proyección en la prueba pericial: ¿ha dejado de tener sentido la ratificación presencial del dictamen-informe?

Aunque el –en todo caso lacónico– artículo 93.1 de la LRJS parece configurar la –cada vez más relevante– prueba pericial en el proceso social como un medio probatorio próximo al documental (art. 94 LRJS), no es infrecuente que se le aproxime al régimen de la prueba

testifical. Y ello pese a sus marcadas diferencias (por ejemplo, carácter abierto de las preguntas en la prueba testifical y el carácter más cerrado o acotado de las aceptables para la prueba pericial, dado que se limita a ratificar su informe, sin perjuicio de las aclaraciones u objeciones que puedan producirse en el desarrollo del juicio; facultad reconocida a las partes de poder valorar la no intervención pericial en el acto judicial o vista de la persona perita, en virtud de la aplicación supletoria del art. 357 LEC, por tratarse de procesos con suficiente volumen de prueba documental; Gómez Esteban, 2020). En todo caso, hasta el momento, una regla había permanecido firme como norma general, a tenor del artículo 93.1 de la LRJS, y tiene que ver con el imperativo de presencialidad física en la sede judicial para ratificar su dictamen: «La práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo».

Ahora bien, en el actual contexto de digitalización de los procesos, esta regla también parece someterse a crítica, requiriendo una reforma de la ley procesal social que facilite no solo su conocimiento anticipado, junto con la prueba documental, al juicio, sino también la liberación de la necesidad de tener que ratificar el informe pericial en juicio, así como la facilitación de su práctica telemática, en línea con la prueba testifical (San Cristóbal Villanueva, 2020). En lo que concierne al primer debate, la aportación de esta prueba de forma anticipada, un sector de la doctrina científica y de la judicial propone que se equipare al tratamiento a tal fin propuesto para la prueba documental, por lo que debería proponerse al menos 5 días hábiles antes del acto de juicio (Molins García-Atance, 2021, p. 16).

En lo que respecta al segundo, la posibilidad de eximir de la ratificación en juicio del dictamen o informe pericial, parece ser la posición más defendida por los órganos de gobierno favorables a la digitalización de las actuaciones procesales (gestión telemática) y, en especial, la práctica de prueba testifical. Se propone ampliar la excepción vigente de la regla ratificadora en juicio oral: «No será necesaria ratificación de los informes, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate».

En este sentido, no se trataría, en última instancia, más que de normalizar –una vez más– lo que ya ocurrió en la pandemia, de modo que, si bien condicionada siempre a la decisión del órgano judicial y/o petición de las partes, la ratificación pericial se hacía con frecuencia de forma telemática, para evitar desplazamientos. Sea del peritaje público (forense, equipos psicosociales), sea de los privados, de parte. El primero se haría telemáticamente en su sede pública; los segundos, desde los despachos profesionales, hoy prácticamente todos bien equipados para esta comunicación telemática.

Sin embargo, un significativo sector de doctrina judicial consideraría que no es ni posible ni adecuada una generalización de ese tipo, de manera que habría que delimitar una clara distinción. A saber:

- El personal pericial público, al estar sujeto a una actividad profesional imparcial y atendiendo al interés general, no condicionado por el interés de parte, sí podría

intervenir con carácter general desde sus organismos públicos a través de la vía telemática (por ejemplo, forenses, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, Instituto Nacional de Toxicología, etc.). La certeza de su identidad y la integridad de sus comunicaciones estarán garantizadas.

- El personal pericial privado o de parte, en cuanto que queda más condicionado al interés de parte, sin prejuzgar la calidad profesional de su trabajo y autonomía en el ejercicio de su actividad pericial, no podría quedar exento de la ratificación de su dictamen en sede judicial, para que el órgano judicial y el resto de partes puedan realizar las preguntas, objeciones o aclaraciones necesarias y en directo.
- Las personas expertas o especializadas en los términos del artículo 95 de la LRJS deberían, en buena lógica y coherencia jurídica, también diferenciarse por la naturaleza de su vínculo de empleo: si pertenecen a organismos públicos especializados en las materias de referencia –discriminación, seguridad y salud en el trabajo, etc.–, se deberían adscribir a la regla de la liberación de presencialidad física para ejercer su deber de ratificar el dictamen o informe, haciéndolo telemáticamente; pero si pertenecen a entidades privadas (profesionales, comisiones paritarias para los convenios, incluso entidades sin ánimo de lucro y del tercer sector), debería ser exigible también para estas personas peritas la ratificación presencial.

Honestamente, me parece que estas distinciones y continuos recelos y sospechas, pese a tratarse de personas profesionales que deben acreditar reputación profesional y reconocimiento externo, responden más a prejuicios y atavismos de un pasado procesal basado en la presencialidad que a la racionalidad de una actuación propia de tiempos cuyo signo es la digitalización. Esta sospecha también respecto de las comunicaciones de personas profesionales del peritaje debería tener fecha de caducidad y situarse en la entrada en vigor de las reformas proyectadas, al menos la de eficiencia procesal.

5. La prueba de revisión de los hechos en suplicación y su actualidad a través de las nuevas pruebas tecnológicas: ¿son o deben ser todas documentales?

5.1. Las disfunciones de la prueba de revisión de hechos en suplicación y el lastre de la sobrecarga del orden social para su necesaria reforma

Es bien conocido que el carácter extraordinario de los recursos en el orden social (que no son devolutivos) prohíbe recibir el pleito a prueba, salvo prueba documental y pericial (art. 233 LRJS), lo que marca una clara diferencia con la apelación. No hay ningún viso de que esto se vaya a cambiar, ni a corto ni a medio plazo, por cuanto supondría un incremento

de la carga de trabajo en la suplicación y, posteriormente, en casación, que nadie se plantea poder (querer) asumir. No significa que no se sea consciente de que en este ámbito de la revisión fáctica en suplicación hay notables disfunciones.

Así, primero, la probabilidad de éxito es pírrica (apenas 1 de cada 10), generando un gran trabajo en quien recurre y quien resuelve para terminar en fracaso. Segundo, la suerte a tal fin es muy dispar según la sala de suplicación, con lo que sufre tanto la seguridad jurídica como la igualdad de trato en la aplicación de la ley. Tercero, cabe apreciar un fuerte contraste entre la dogmática jurídica, citada por todas las salas, y la práctica, que evidencia cómo se acepta revisar los hechos para aspectos no relevantes en el fallo, adquiriendo, así, una dimensión más estética o cosmética que jurídica. Se ha criticado, con razón, esta situación (Molins García-Atance, 2021, p. 24):

[...] la finalidad de cualquier recurso no es la de mejorar la técnica de redacción de los hechos probados de la sentencia de instancia, ni incorporar datos de dudosa trascendencia. La finalidad del recurso y el interés de la parte al recurrir consiste en corregir la injusticia de la sentencia de instancia, expresada [...] en el fallo de la resolución.

Inasumible un cambio de modelo legal, ni profundo ni parcial, por razones solo realistas (sobrecarga) sí se plantea una intervención legislativa mínima y correctora de las disfunciones prácticas. De ahí que se proponga (Molins García-Atance, 2021, p. 24): «En aras de salvaguardar la unidad de la institución [...] normativizarse algunos de sus requisitos esenciales, clarificando su naturaleza extraordinaria. Deberían incluirse en el art. 196.3 LRJS, explicitando las exigencias esenciales de la revisión fáctica».

5.2. Eventual impacto de la prueba digital como documental en una mejora de la revisión fáctica dentro del recurso de suplicación: evolución dispar

A mi juicio, al hilo de esta observación crítica, normativa y práctica, puede hallarse en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC) una nueva perspectiva de análisis del tema del acceso del momento de prueba al recurso de suplicación (por lo tanto, también de casación). Es clave, a tal fin, la calificación de las pruebas basadas en estas tecnologías (por ejemplo, correos electrónicos, WhatsApp, redes, grabaciones de imágenes y sonido, etc.), cuyo uso está cada vez más extendido en las relaciones de trabajo y, por lo tanto, inevitablemente, en el proceso social (Armenta Deu, 2018; Martínez Moya, 2020; Sánchez, 2023).

Conviene advertir que no pretendemos analizar el uso de estas NTIC en el seno de las relaciones laborales, ámbito extensísimo y sobre el que hay numerosos análisis, también muy recientemente y en un plano muy judicial (UGT, 2023), ni siquiera en el ámbito procesal

social, donde, con menos intensidad, también empiezan a realizarse estudios (Godino Reyes, 2021). Nuestra pretensión, más específica y modesta, pero de inmediata utilidad práctica, sin que haya una posición cerrada al respecto, es analizar las consecuencias prácticas que, sobre todo para la revisión en suplicación, tiene el que se califiquen de un modo u otro estos nuevos medios probatorios derivados de la transición o transformación digital. En este estricto ámbito, comprobaremos la posición desigual que existe en el tratamiento del correo electrónico como prueba documental, aceptado ya por la jurisprudencia unificada, superando las diferencias en suplicación a tal fin, y el que se sigue otorgando al WhatsApp, considerado como un medio probatorio atípico y al que unas doctrinas de suplicación otorgan el calificativo de prueba documental y otras, en cambio, se lo niegan. En este caso no contamos todavía con un criterio unificado.

En lo que concierne al correo electrónico (*e-mail*) como prueba documental válida no hay ya, como se ha recordado, duda alguna, en virtud del criterio unificado (STS 706/2020, de 23 de julio –Rojo Torrecilla, 2020–). Su principal valor práctico será la asunción de la validez de una revisión fáctica en los recursos extraordinarios (casación, también suplicación) aportando como prueba la comunicación derivada de un correo electrónico, por constituir un medio de prueba documental. La condición exigida es que se acredite o se garantice su autenticidad, para lo que debe valorarse (en suplicación o casación, si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique, si ha recibido autenticación a través de técnicas adecuadas a tal fin, en su caso, y si goza de «literosuficiencia» en sí).

Aun sin citarla, una reciente doctrina de suplicación evidencia su vis expansiva, en virtud del principio de libertad de medios probatorios, siempre que sean válidos. Es el caso de la STSJ de Canarias/Las Palmas 741/2022, de 18 de noviembre, que confirma de forma íntegra la sentencia de instancia (incluido el relato de hechos, sin revisarlos, pero con un análisis muy detallado de sus presupuestos –prototipo de lo que sucede usualmente–) y en la que se estimó la excepción de caducidad de la acción de despido, al dar validez al correo electrónico por el que se le notificaba la carta del despido. En el plano teórico, recuerda las reglas de la carga de la prueba (art. 217 LEC), correspondiendo a la empresa interesada en hacer valer la caducidad, como medio para ser absuelta de la pretensión actora, la carga de probar bien la fecha inicial del cómputo del plazo de 20 días hábiles (fecha de efectos del despido), bien cuándo se notificó, o cuándo se produjo el cese efectivo. Acreditados esos extremos, corresponde a la persona trabajadora probar de forma fehaciente si entre ese día inicial y la fecha de presentación de la demanda («que es antecedente procesal y no necesidad prueba») se evidencia que han transcurrido más de 20 días hábiles. Pues bien, la empresa habría cumplido aquí con su carga, y no la parte trabajadora. En el plano jurídico, asume una visión extensiva de los mecanismos de prueba a disposición de las partes, también de la empresa, para probar los hechos.

En suma, no sería el formato de la comunicación lo determinante para la eficacia y validez de la prueba, sino el principio sustantivo al que responde la exigencia de certeza del medio: la claridad de los hechos constitutivos del momento para determinar el inicio de la

caducidad es una exigencia de la efectividad de la tutela judicial. No hay que olvidar que, como sostiene reiteradamente la jurisprudencia, la caducidad, aunque tiene por finalidad dotar de seguridad al tráfico jurídico, es una medida excepcional que provoca la decadencia de un derecho y de la acción para hacerlo efectivo en el supuesto de que no se ejercite en el plazo previsto por la ley, requiriendo interpretación restrictiva, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva¹¹.

Más dudas existen todavía hoy en torno a la calificación que debe merecer el uso de otras tecnologías hoy muy extendidas, como los sistemas de mensajería instantánea, en especial WhatsApp, en el juego de las reglas probatorias (obtención, admisión, valoración). Al respecto, el Auto del TS (ATS) de 5 de junio de 2022 (rec. 938/2021), tras recordar, con abundante cita de sus precedentes jurisprudenciales, que la finalidad institucional del recurso de unificación de doctrina casa mal con el carácter excepcional de la revisión de los hechos, concluye que «la consideración de las comunicaciones por WhatsApp y correo electrónico como documentos válidos para la revisión de hechos probados en suplicación carece de contenido casacional».

Por lo tanto, atendido también el ATS de 20 de octubre de 2013 (rec. 674/2016), ha de asumirse, al menos de momento, que las conversaciones de WhatsApp servirían «para fijar la convicción del juzgador respecto de los hechos probados¹², pero no para modificarlos». En consecuencia, en el actual estado del arte interpretativo en la materia, el debate interesante sobre este aspecto se mantiene en sede de suplicación, donde no hay un acuerdo pleno, dominando la disparidad, una vez más (UGT, 2023, pp. 15 y ss.). Una disparidad que también puede apreciarse en relación con la posición mantenida en otros órdenes jurisdiccionales (penal, militar).

Al respecto, una primera línea de suplicación admite una conversación realizada por WhatsApp como prueba documental si concurren determinadas condiciones (que no se trate solo de un pantallazo, sino que la conversación sea transcrita y aparezca algún modo de cotejo para su autenticidad –acta notarial, cotejo por el LAJ, pericia–). Sería el caso de la STSJ de Galicia 556/2017, de 27 de enero. Sin embargo, esta sala no parece tener un criterio claro. Así se deriva de su posterior Sentencia de 26 de marzo de 2021 (rec. 4733/2020) (también de la de 26 de marzo de 2019, rec. 440/2019), que niega la naturaleza de prueba documental al WhatsApp:

¹¹ Vid. STS 82/2020, de 29 de enero (en el caso concluye que el *dies a quo* para el plazo de caducidad de la acción de despido se fija en la fecha en la que el trabajador recogió el burofax en la oficina postal, fecha en la que tuvo conocimiento de la carta de despido). Para esta doctrina restrictiva, citando el precedente jurisprudencial apenas comentado, vid. STSJ de Murcia 224/2021, de 9 de marzo. En cambio, la STSJ de Extremadura 150/2022, de 9 de marzo, prima la seguridad jurídica.

¹² La STS 917/2022, de 15 de noviembre, reconoce que un mensaje de WhatsApp tiene virtualidad suficiente para activar la garantía de indemnidad y declarar la nulidad de un despido.

El medio de prueba en el que se apoya no es prueba hábil a efectos revisorios ya que no es ni documental, ni pericial, sino uno de los nuevos medios de prueba del art. 299.2 de la LEC [...]¹³. No desconocemos la solución alcanzada por la STS de 23 de julio de 2020, rec. 239/2018, respecto a los correos electrónicos, pero la misma se refiere a este concreto medio de transmisión de comunicación, y cuya doctrina no consideramos extensible a cualquier medio de transmisión de datos electrónico, sino exclusivamente al correo electrónico.

En una dirección opuesta se sitúa la STSJ del País Vasco 73/2021, de 19 de enero. Esta sala sí le atribuye categoría de prueba documental, constatando un giro jurisprudencial (negado por la sala gallega):

Muestra de la antigua doctrina [los medios de reproducción audiovisual y los soportes electrónicos eran medio de prueba de naturaleza autónoma y no propiamente documentos] se contiene en las Sentencias TS 26 de noviembre de 2012 y 16 de junio de 2011 (recursos 786/23012 y 3983/2010), mientras que su asimilación a la categoría de documentos se contiene en la reciente Sentencia de fecha 23 de julio de 2020 (recurso 239/2018) de esa misma sala.

Tampoco parece haber un pleno acuerdo a la hora de establecer la forma en que ha de aportarse, variando el grado de diligencia de investigación requerida a fin de la indispensable garantía de autenticidad de su contenido. De un lado, se ha constatado un cambio en la forma de aportación de esta prueba, pues no basta un simple pantallazo (captura de pantalla), como al inicio. De otro, en cuanto a su naturaleza jurídica, la pugna jurisdiccional está en dilucidar si basta con aportar algún procedimiento de cotejo fiable (comparación autenticada externamente del contenido de los mensajes de WhatsApp aportados en las transcripciones con los mensajes visualizados directamente en el dispositivo en el que estén almacenados –LAJ, acta notarial–), posición más extendida en el ámbito social, o si se precisa, además, una prueba pericial informática de autenticidad.

Esta prueba sería exigible cuando el cotejo resulte insuficiente para acreditar la autenticidad de los mensajes, puesto que a su través puede verificarse la identidad de los interlocutores, pero no la ausencia de manipulación de su contenido. Esta es la posición de la STS, Sala 5.^a, 90/2021, de 7 de octubre (confirma la sanción de empleo y sueldo de un sargento por el contenido de una comunicación de WhatsApp). En cambio, a mi juicio más convincente, la STS, Sala 2.^a, 754/2015, de 27 de noviembre, considera que no será necesaria esta autenticación pericial «cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba». La sentencia no solo es válida para WhatsApp, sino que sus argumentos se pueden aplicar al uso de otras aplicaciones de chat como Telegram o Facebook.

¹³ Descarta también que se trate de un documento electrónico o informático (prueba documental), en los términos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

En consecuencia, el valor probatorio del WhatsApp dependerá, en todo caso, de la capacidad de asegurar su autenticidad probatoria por la parte que lo invoque, sin que quepa pedir, más si se trata de la persona trabajadora, un informe pericial como obligatorio, debiendo bastar el debido cotejo (STSJ de Asturias 465/2020, de 25 de febrero).

Debe recordarse que hay diferencias notables entre una calificación u otra. Y aclara la diferencia práctica para la aportación y valoración de este medio de prueba. Así, en primer lugar, mientras la prueba documental estaría regida por un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados y libre en los restantes), los medios probatorios nuevos quedan al «sistema de valoración libre» (art. 326.2 LEC), por remitirse a ese cajón de sastre que son «las reglas de la sana crítica» (arts. 382 y 384 LEC) (Goñi Irulegui, 2020). En segundo lugar, y por lo que aquí más interesa, el que abra o no la revisión fáctica en suplicación (y, por lo tanto, en casación). Una cuestión para dilucidar por el TS más pronto que tarde, como ocurrió con el correo electrónico y pese a su posición desidiosa inicial, que tiende a rechazar su interés casacional, sin duda como una expresión de «autotutela», de paso también de defensa frente a la sobrecarga que se puede derivar para la suplicación.

6. Alguna observación más final que conclusiva

La Administración de Justicia en general, y la social mucho más, debe dejar de ser tan recelosa, e incluso impermeable a la evolución e innovación tecnológica. A mi juicio, lejos de romper con sus tradiciones y rituales de presencialidad (también, aun menos en lo social) de documentalismo, permite mejorarlas conforme a la transformación digital de su funcionamiento, *ad intra* y *ad extra*. En suma, como regla, todas las pruebas deberían poder realizarse telemáticamente, desde luego la de ratificación pericial, salvo que, por sus características, su práctica telemática pudiera perjudicar a algunos de los intereses en juego o no reunir las garantías debidas. Asimismo, las pruebas digitales que gocen de las debidas garantías de autenticidad deberían tenerse como documentales y, en consecuencia, abrir la revisión de hechos en suplicación (y casación).

El actual proceso de reformas legislativas, más relevantes por su número que por sus efectos, debería ser una buena oportunidad para introducir estas reglas de forma mucho más precisa y transparente, no solo en la LEC, también en la LRJS. Lamentablemente, ni con carácter general, ni menos en su proyección específica social, estas reformas están orientadas en esta misma dirección, por la escasa significación de los cambios previstos.

Referencias bibliográficas

- Armenta Deu, T. (2018). Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 27, 67-78.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carbone, C. A. (2011). Estado de inseguridad, igualdad de armas y la influencia en la imparcialidad del juez. *La Ley 2011-F*.
- Cardona Fernández, A. M. (2021). La celebración de juicios telemáticos: ¿es la solución a la pandemia y al colapso judicial? *Diario La Ley*, 9786.
- Carnelutti, F. (1979). *La prueba civil* (Traducción de la 2.ª edición italiana). Ediciones Depalma. (Obra original publicada en 1947).
- CGPJ. (2020a). *Guía de buenas prácticas para la reactivación de la actividad judicial y adopción de medidas de salud profesional para la prevención de contagios en sedes judiciales*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-para-la-reactivacion-de-la-actividad-judicial-y-adopcion-de-medidas-de-salud-profesional-para-la-prevencion-de-contagios-en-sedes-judiciales>
- CGPJ. (2020b). *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas>
- Falcón, E. M. (2003). *Tratado de la prueba* (Vol. 1). Astrea.
- Falcón, E. M. (2006). *Tratado de derecho procesal civil y comercial* (Vol. 2). Rubinzal-Culzoni.
- Godino Reyes, M. (Coord.). (2021). *La prueba derivada de las nuevas tecnologías en el proceso laboral*. Lefebvre.
- Gómez Esteban, J. (2020). Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social: ¿utopía transformada en realidad apresurada? *Diario La Ley*, 9662.
- Goñi Irulegui, A. M. (2020). El valor probatorio de los mensajes de «WhatsApp» en el proceso laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 233, 41-76.
- López Hormeño, M. C. (2021). Principio de igualdad y tutela judicial efectiva sin indefensión en el proceso social, en especial en el acto del juicio: puntos críticos y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E. (2017). Principio de igualdad procesal en materia probatoria. En J. W. Peyrano (Dir.), *Elementos de derecho probatorio*. Rubinzal-Culzoni. <https://filadd.com/doc/principio-de-igualdad-procesal-en-materia>
- Martínez Moya, J. (2020). El correo electrónico como medio probatorio: su naturaleza de prueba documental a los efectos de los recursos de casación y suplicación. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 9. https://doi.org/10.55104/RJL_00185
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. La Ley.
- Molina Navarrete, C. (2021a). *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*. Bombarzo.
- Molina Navarrete, C. (2021b). Protección contra el despido injusto en la carga social europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT. En C. Salcedo

- Beltrán (Dir.^a), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al profesor José Vida Soria* (pp. 145-196). Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R. (Dir.). (2021). *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Molins García-Atance, J. (2021). La prueba en el proceso social y en los recursos: propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Moro Valentín-Gamazo, A. (1 de abril de 2018). La prueba en el proceso laboral. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-prueba-en-el-proceso-laboral/>
- Oteiza, E. (Coord.). (2009). *La prueba en el proceso judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- Rojo Torrecilla, E. (30 de septiembre de 2020). Aceptación del correo electrónico como prueba documental. Notas a la importante Sentencia del Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo de 23 de julio 2020. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/09/aceptacion-del-correo-electronico-como.html>
- San Cristóbal Villanueva, J. M. (2020). La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 12.
- Sánchez, L. (10 de febrero de 2023). Presentar mensajes de WhatsApp en un juicio no siempre requiere de informes periciales. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/zbloque-1/presentar-mensajes-de-whatsapp-en-un-juicio-requiere-siempre-informes-periciales/>
- Sanz Tomé, F. (2006). *La prueba en el proceso laboral* (Vols. I y II). Lex Nova.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba en el proceso judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- UGT. (2023). *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*. Servicio de Estudios Jurídicos. <https://servicioestudiosugt.com/el-uso-de-whatsapp-en-las-relaciones-laborales/>
- Vélez Toro, A. J. (2021). La normalización de una justicia de excepción. *Diario La Ley*, 9779.

Susana de la Casa Quesada. Es doctora en Derecho y profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Jaén. Su trayectoria investigadora se cimenta sobre tres grandes líneas de investigación ligadas a la seguridad y salud laboral, a las políticas de empleo y al impacto de la sociedad digital sobre las relaciones laborales. Fruto de esta labor ha sido la publicación de numerosos estudios –monografías y artículos doctrinales– y la participación como investigadora principal y/o miembro en diferentes proyectos de investigación. <https://orcid.org/0000-0003-1020-7841>

La revisión de sentencias firmes como excepción a la cosa juzgada: pasado, presente y futuro de una institución de carácter restrictivo y subsidiario

Alberto Novoa Mendoza

Doctor en Derecho

Socio del Área Laboral de RocaJunyent

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (España)

a.novoa@rocajunyent.com

Extracto

La cosa juzgada es sin duda la institución que representa de manera más fiel el principio de seguridad jurídica contenido entre los principios inspiradores del ordenamiento jurídico que se recogen en la Constitución española de 1978. Sin embargo, y pese a la importancia de garantizar dicho principio constitucional, nuestro ordenamiento jurídico procesal establece que en determinados supuestos existen excepciones al mismo, con la finalidad de que la realidad material prevalezca sobre la realidad procesal.

Dicho procedimiento, que se regula de forma autónoma, como un procedimiento independiente al principal, y no como una fase de recurso adicional dentro del procedimiento, tiene un carácter absolutamente subsidiario, de manera que se prevé para supuestos muy tasados que a su vez se interpretan de manera restrictiva, y que en el ámbito procesal laboral, basado en un proceso de instancia única, sustentado principalmente por los principios de oralidad, intermediación y celeridad, tiene una aplicación aún más residual.

Con el presente artículo se pretende realizar un análisis sistemático y cronológico de la aplicación que ha realizado de dicha institución la jurisprudencia laboral en el pasado y en el presente, así como una valoración de la importancia que podría tener la misma en el futuro.

Palabras clave: revisión de sentencia; proceso laboral; cosa juzgada; seguridad jurídica; subsidiariedad; tutela judicial efectiva; justicia material.

Recibido: 31-03-2023 / Aceptado: 19-04-2023 / Publicado (en avance *online*): 27-04-2023

Cómo citar: Novoa Mendoza, A. (2023). La revisión de sentencias firmes como excepción a la cosa juzgada: pasado, presente y futuro de una institución de carácter restrictivo y subsidiario. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 474, 151-180. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18777>

The review of final judgments as an exception to res judicata: past, present and future of an institution of a restrictive and subsidiary nature

Alberto Novoa Mendoza

Doctor en Derecho

Socio del Área Laboral de RocaJunyent

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (España)

a.novoa@rocajunyent.com

Abstract

Res judicata is undoubtedly the institution that most faithfully represents the principle of legal certainty contained among the inspiring principles of the legal system set out in the Spanish Constitution of 1978. However, despite the importance of guaranteeing this constitutional principle, our procedural legal system establishes that in certain cases there are exceptions to it, with the aim of ensuring that the material reality prevails over the procedural reality.

This procedure, which is regulated autonomously, as a procedure independent of the main procedure, and not as an additional appeal stage within the procedure, has an absolutely subsidiary nature, so that it is provided for in very specific cases which in turn are interpreted in a restrictive manner, and which in the field of labour procedure, based on a single instance process, sustained mainly by the principles of orality, immediacy and celerity, has an even more residual application.

The aim of this article is to carry out a systematic and chronological analysis of the application of this institution by labour jurisprudence in the past and in the present, as well as an assessment of the importance that it could have in the future.

Keywords: review of judgement; labour proceeding; res judicata; legal certainty; subsidiarity; effective judicial protection; material justice.

Received: 31-03-2023 / Accepted: 19-04-2023 / Published (online preview): 27-04-2023

Citation: Novoa Mendoza, A. (2023). The review of final judgments as an exception to res judicata: past, present and future of an institution of a restrictive and subsidiary nature. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 151-180. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18777>



Sumario

1. La revisión de sentencias firmes como excepción a la cosa juzgada: concepto y naturaleza de la institución
2. Evolución histórica de la revisión de sentencias en nuestro ordenamiento jurídico
3. Causas legalmente tasadas de revisión de sentencia firme y análisis jurisprudencial
 - 3.1. La recuperación o recobro de documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado
 - 3.2. La declaración de falsedad de un documento decisivo
 - 3.3. La falsedad de testimonios o pericias decisivos
 - 3.4. La obtención de una sentencia favorable en virtud de cohecho, violencia o maquinación
 - 3.5. Sentencia absolutoria por inexistencia de hechos o ausencia de participación en los hechos como causa legal de revisión de sentencia
 - 3.6. La revisión de sentencia firme como consecuencia de pronunciamientos del TEDH que declaren la violación de derechos reconocidos en el CEDH
4. Los principales retos que afronta la revisión de sentencias en el proceso laboral: ¿revisión por antijuridicidad de la norma aplicada?
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. La revisión de sentencias firmes como excepción a la cosa juzgada: concepto y naturaleza de la institución

El artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 (CE) reconoce a España como un Estado social y democrático de derecho, dotándolo de tres valores jurídicos que deben tener proyección en todas las actuaciones que realicen los poderes públicos que lo conforman, y como consecuencia de dicho reconocimiento como Estado de derecho, se establece en el artículo 9.3 de la mencionada carta magna cuáles son los principios inspiradores del ordenamiento jurídico: (i) legalidad, (ii) jerarquía normativa, (iii) publicidad de las normas, (iv) irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, (v) seguridad jurídica, (vi) la responsabilidad y (vii) la interdicción de la arbitrariedad.

Es evidente que todos y cada uno de los principios inspiradores recogidos en el artículo 9.3 de la CE tienen una clara proyección sobre nuestro ordenamiento jurídico, siendo todos ellos dignos de un estudio pormenorizado de carácter monográfico para poder realizar un acercamiento a los mismos de manera adecuada. Sin embargo, dado que excedería del ámbito del presente artículo, nos centraremos en el análisis parcial del impacto que tiene el principio de seguridad jurídica en las actuaciones que realiza el poder judicial, y que, a nuestro juicio, provoca mayores problemas prácticos en el ámbito procesal laboral.

En este sentido, uno de los mayores problemas que se plantean sobre dicho principio es que no se trata de un concepto que sea sencillo de delimitar de manera general, siendo esto un hecho que ha llevado a algún autor, como es el caso de Rosado Iglesias (2006), a manifestar que la indeterminación de dicho principio «pone de manifiesto la dificultad de concretar el concepto de seguridad jurídica, de definir tanto su naturaleza [...], como [...] su ámbito de aplicación y grado de exigencia (vinculación) respecto a los poderes públicos» (p. 85).

Por lo tanto, nos encontramos ante un principio de muy difícil conceptualización global y pormenorizada, debiendo analizarse de manera casuística cómo puede afectar dicho principio como consecuencia de la actuación de los distintos poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), siendo relevante para nosotros a efectos del presente estudio cómo puede hacerlo al ejercicio de las funciones del poder judicial.

Dicho lo anterior, pese a la difícil delimitación del concepto, la realidad es que nuestro legislador, cuando ha dado cumplimiento al mandato recogido en el artículo 24 de la CE de configurar legalmente el proceso judicial de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, ha regulado de forma excepcional una institución que tiene como finalidad principal garantizar

precisamente el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la CE. Dicho principio es la cosa juzgada, cuyo régimen se prevé en el artículo 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), y es aplicable para el resto de los procesos de los diferentes órdenes jurisdiccionales, incluido el proceso laboral, como consecuencia del principio de supletoriedad de la LEC¹, sin que se regule un régimen especial o particular en las diferentes jurisdicciones². En concreto, tal y como prevé el artículo 222 de la LEC, en sus diferentes apartados las sentencias firmes tienen efecto de cosa juzgada, de manera que se excluye cualquier proceso posterior en el que sean idénticos el objeto, las partes y la causa de pedir.

No cabe duda de que la cosa juzgada ha sido considerada una proyección directa del principio de seguridad jurídica que inspira nuestro ordenamiento jurídico desde antaño por nuestro Tribunal Constitucional (TC), habiéndose mantenido dicha interpretación invariable en el tiempo. En este sentido, podemos destacar a título ilustrativo, por su clarividencia, la Sentencia del TC (STC) (Sala Segunda) 242/1992, de 21 de diciembre, en cuyo contenido se establece que el respeto a la cosa juzgada se debe conectar con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, ya que en caso contrario dicho derecho fundamental carecería de efectividad, salvo en los supuestos previstos en la normativa procesal que permiten reabrir un proceso que fue ya resuelto por sentencia firme, y en caso contrario, además, se vulneraría la seguridad jurídica del sujeto que vio protegidos sus intereses por nuestros tribunales a través de una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes, así como con el mismo objeto y causa de pedir.

¹ Así, la disposición final novena de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), prevé que:

En lo no previsto en esta ley regirá como supletoria la Ley de enjuiciamiento civil y, en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios.

Por su parte, la disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA), establece que: «En lo no previsto por esta ley, regirá como supletoria la de enjuiciamiento civil».

² El hecho de que no exista un régimen especial en otros órdenes jurisdiccionales no significa que no puedan existir determinadas particularidades en la norma reguladora de los diferentes procesos. En concreto, en la jurisdicción social se establecen determinadas especificidades como consecuencia de la existencia de los procesos de carácter colectivo promovidos por la representación legal de las personas trabajadoras, ya sea la representación de carácter unitario o sindical, dado que las sentencias dictadas en los procesos promovidos por esta pueden tener efectos de cosa juzgada sobre los potenciales procedimientos individuales que puedan plantear sus personas representadas, siempre que el objeto de los procesos y los fundamentos jurídicos sean idénticos, no debiendo tener efectos sobre aquellas cuestiones que no hayan sido objeto del proceso. En este sentido, podemos destacar el artículo 124.3 de la LRJS en materia de impugnación de despido colectivo, el 138 de la LRJS en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, movilidades geográficas o expedientes de regulación temporal de empleo o el artículo 160 de la LRJS en materia de conflictos colectivos.

En consecuencia, la cosa juzgada es contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE, así como un reflejo fiel del principio de seguridad jurídica que según nuestro texto constitucional debe imperar en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que cuando nos encontramos ante una sentencia firme entre las mismas partes, sobre los mismos hechos y respecto a idéntica causa de pedir, el contenido de la misma debe tener plenos efectos, sin que se permita, como regla general, volver a juzgar las cuestiones ya enjuiciadas por los distintos tribunales que han participado durante las fases del proceso y los ulteriores recursos hasta que la sentencia ha alcanzado el carácter de firmeza.

Pese a ello, la realidad es que el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva no tienen carácter absoluto, al igual que el resto de principios inspiradores y derechos fundamentales que se recogen en nuestra CE, y están sujetos a determinadas excepciones previstas por el propio legislador a la hora de configurar el proceso judicial relativo a cada uno de los órdenes jurisdiccionales, y dentro de dichas excepciones ocupa un lugar muy destacado por su carácter absolutamente excepcional y subsidiario el proceso judicial de revisión de sentencias.

El mencionado proceso, pese a que en el pasado se denominó de manera incorrecta como recurso de revisión, tal y como veremos posteriormente, en realidad no es un recurso en sentido estricto, sino que es un proceso independiente a aquel del que deriva la sentencia frente a la que se pretende solicitar la revisión. Así, el proceso de revisión no se inicia desde un punto de vista técnico procesal a través de un escrito de interposición de recurso, sino que se incoa a través de demanda de revisión, y no tiene como finalidad que se enjuicien de nuevo los mismos hechos, tal y como veremos a continuación, sino que tiene como finalidad conseguir rescindir una sentencia de carácter firme.

En consecuencia, nos encontramos ante un proceso especial que tiene como objetivo único y exclusivo rescindir una sentencia firme ante la que ya no cabe ningún recurso jurídico en el sentido estricto del término, tratándose de una excepción al principio de seguridad jurídica, que en determinados casos cede ante el principio de justicia material. En relación con esta configuración del proceso de revisión de sentencias firmes es muy relevante la interpretación que ha realizado de manera reiterada la jurisprudencia, pudiendo destacar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 670/2017, de 12 de septiembre, en cuyo literal se recoge que la finalidad última de dicha institución es hacer prevalecer, en determinados casos expresamente previstos, el principio de justicia material sobre el principio de seguridad jurídica, habiéndose configurado esta como un proceso que garantiza la pervivencia de ambos principios, basada en la ponderación jurídica de los mismos. Sobre esta cuestión, Molina Navarrete (2012) ha manifestado que la revisión de sentencia firme es «la garantía última para asegurar la justicia material, frente a la justicia formal».

Además, se debe destacar que la revisión de sentencias firmes no tiene como finalidad la de corregir cualquier sentencia supuestamente injusta, sino la de rescindir las sentencias que se han ganado injustamente, basándose normalmente, salvo en un caso concreto que analizaremos a continuación, en cuestiones de índole procesal, y no de índole material. En

este sentido, debemos destacar los términos utilizados por Gutiérrez-Solar Calvo (2002, p. 877), que manifiesta que el proceso de revisión de sentencias firmes está previsto para «cuando una vez que la sentencia es firme existen motivos que permiten presumir que el juzgador no dispuso de todos los elementos necesarios para dictarla y que de haberlos tenido el sentido de la sentencia habría sido otro».

Ello implica, tal y como se reconoce en la citada jurisprudencia, que únicamente se pueda llevar a cabo la revisión de sentencias firmes por las causas legalmente tasadas en la norma, tratándose de un *numerus clausus*, y no un *numerus apertus*, y, además, debiendo realizarse una interpretación restrictiva de dichas causas legalmente previstas, y no de carácter extensivo. Esta interpretación es absolutamente lógica y adecuada con el resto del ordenamiento jurídico, ya que no podemos obviar que la cosa juzgada forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, así como al principio de seguridad jurídica, y la revisión de sentencias firmes se regula como un límite o restricción del mismo, y por ello debe interpretarse en sentido estricto, tal y como estableció la STC (Pleno) 115/1987, de 7 de julio, que señaló que las excepciones previstas al funcionamiento normal de los derechos deben ser interpretadas restrictivamente, pudiendo producirse la perturbación del derecho afectado solo en los casos y por las circunstancias previstas en la normativa.

Sobre este aspecto, es importante destacar que Cardenal Carro (2003), con un pormenorizado análisis de la jurisprudencia, define la revisión como:

[...] el medio limitadísimo y excepcional que puede prosperar cuando se demuestre de modo indubitado la injusticia objetiva de la resolución judicial firme que por su medio se pretende abatir por la concurrencia de alguna de las causas taxativamente enumeradas en la Ley de enjuiciamiento civil (p. 27).

Respecto a la regulación del proceso de revisión de sentencias firmes, y sin perjuicio de que posteriormente analizaremos de manera pormenorizada las causas legalmente tasadas que permiten la revisión, y cuáles son los requisitos que se deben cumplir, debemos destacar que en el ámbito laboral se aplican íntegramente las causas previstas en el artículo 510 de la LEC, como consecuencia de la remisión en bloque que realiza el artículo 236 de la LRJS, aunque con algún matiz. Sobre dicho régimen se ha pronunciado Molina Navarrete (2012) al sostener que la instrucción de especialidades respecto del recurso de revisión en el proceso laboral tiene como fin «hacer de este recurso un dispositivo más adherente a los rasgos propios del proceso social».

Así, dicho precepto establece una causa adicional de revisión de sentencia firme en el proceso laboral, y, además, se refuerza el carácter subsidiario del proceso de revisión de sentencias firmes, ya que se exige que se hayan agotado previamente todos los recursos jurisdiccionales que la ley prevé, teniendo en cuenta que el proceso laboral es un proceso de única instancia, a diferencia de los procesos del resto de los órdenes jurisdiccionales, por lo que todos los recursos tienen naturaleza extraordinaria. De igual forma, se exige de manera específica que se hayan agotado, si existían los presupuestos legales para ello, el incidente de nulidad

de actuaciones o la audiencia a la parte demandada rebelde. Por lo tanto, dicho proceso se configura como una *ultima ratio* que únicamente se puede disparar cuando se hayan agotado con carácter previo el resto de las posibilidades existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Dicha configuración del proceso como institución subsidiaria en su planteamiento a todas las demás conlleva, y así se precisa de forma clara por la normativa que lo regula, que nos encontremos ante sentencias firmes que son aquellas que tal y como establece el artículo 245.3 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), así como el artículo 207.2 de la LEC, respecto a las que ya no cabe ningún recurso, o que, existiendo la posibilidad de plantearlo, se ha superado el plazo legal para hacerlo.

Sin embargo, si lo enlazamos con la configuración del proceso de revisión de sentencia firme que establece el artículo 236 de la LRJS, no cualquier sentencia firme en sentido amplio podría ser objeto de revisión, ya que, como hemos comprobado, se exige que se hayan agotado todos los recursos procesales existentes antes de recurrir al proceso de revisión, que tiene un carácter absolutamente subsidiario, no siendo posible, como regla general, plantearlo cuando la declaración de firmeza de la sentencia que se pretende revisar deriva de que se ha agotado el plazo previsto para recurrir, y ello ha hecho que la sentencia sea firme por la falta de diligencia de la parte vencida en el proceso. En este sentido, se consideraría firme a efectos de revisión la sentencia que fue recurrida en casación para la unificación de doctrina y cuyo recurso fue inadmitido mediante auto, tal y como sostuvo la STS 360/2016, de 29 de abril, y no se considera firme a efectos de revisión de sentencia firme una sentencia de un tribunal superior de justicia que no fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, tal y como se estableció en la STS 288/2016, de 14 de abril.

Sin embargo, y sin perjuicio de los anteriores pronunciamientos, mientras que es absolutamente comprensible que no se pueda incoar un proceso de sentencia firme ante una sentencia de instancia que no fue recurrida en suplicación, tal y como sostuvo la STS 125/2022, de 8 de febrero³, más dudas puede plantear la exigencia del agotamiento del recurso de casación para la unificación de doctrina por la propia naturaleza del mismo, ya que no parece que encaje demasiado la finalidad que tiene esta modalidad de recurso con las causas legalmente tasadas de revisión de sentencias firmes. Sobre esta cuestión, debemos destacar que, aunque la regla general es que se debe agotar dicha vía de recurso, este requisito ha sido interpretado de manera flexible en algunos supuestos absolutamente excepcionales, tal y como se estableció por la STS de 20 de octubre de 2009 (rec. 4/2008), en la que se reconoce que, dado que la revisión de sentencia firme se basa en causas externas al proceso y su viabilidad depende de que se acrediten hechos relevantes que no constaban en el proceso en el que se dictó la sentencia que se pretende rescindir, no tendría sentido exigir que se plantee un recurso de casación para la unificación de doctrina cuya opción de que prospere es absolutamente imposible *ab origine* por no existir contenido casacional.

³ Siendo ello absolutamente extrapolable a la institución del recurso de casación ordinaria, por la similar configuración al recurso de suplicación.

No obstante, lo que sí debe haberse planteado con carácter previo a la demanda de revisión de sentencia firme es la nulidad de actuaciones, tal y como prevé de forma expresa el artículo 236.1 de la LRJS, y así ha sido reconocido por la jurisprudencia, destacando entre otras la STS de 30 de abril de 2012 (rec. 31/2009).

En consecuencia, si tenemos en cuenta los elementos definitorios de la revisión de sentencias firmes por la ley y la jurisprudencia, siendo destacable en este sentido la STS 258/2016, de 31 de marzo, debemos considerar los siguientes:

- La revisión tiene como finalidad la rescisión de una sentencia firme que ha sido ganada injustamente.
- Se trata de una excepción al principio de seguridad jurídica, y en concreto a la cosa juzgada.
- Pretende garantizar una ponderación entre el principio de justicia material previsto en el artículo 1.1 de la CE y el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la CE, cediendo este último respecto del primero en determinados supuestos previstos legalmente.
- Se trata de un proceso excepcional y extraordinario, de manera que solo pueden revisarse sentencias por las causas legalmente tasadas y, además, se debe interpretar de manera restrictiva. En este sentido, tal y como indica Sempere Navarro (2001), el juicio de revisión no es una última instancia.
- No se trata de una fase de recurso para revisar hechos o valoraciones jurídicas respecto de los mismos, sino que es un proceso independiente y autónomo que tiene como finalidad única y exclusiva el rescindir una sentencia que ya ha adquirido firmeza y que como regla general debería ser invariable.
- Es un proceso absolutamente subsidiario, ya que exige haber agotado todos los recursos procesales en sentido amplio que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico para revisar el contenido de la sentencia que se pretende rescindir.

2. Evolución histórica de la revisión de sentencias en nuestro ordenamiento jurídico

La revisión de sentencia es una institución que ha formado parte de nuestro ordenamiento jurídico procesal desde tiempos inmemoriales, ya que la misma se regulaba de forma expresa en la redacción originaria del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC 1881), concretamente en los artículos 1.796 y siguientes de dicho texto normativo.

Si analizamos dicha regulación, se puede observar con facilidad que la misma no ha variado demasiado en su contenido tras más de 140 años, siendo las causas legalmente previstas prácticamente las mismas con algún matiz que analizaremos a continuación.

No obstante, debemos destacar que el principal cambio que se ha producido es que en la redacción originaria de la LEC 1881 se denominaba la revisión de sentencia como un recurso, habiendo desaparecido dicha terminología con la derogación de la norma y la regulación realizada por la LEC, aunque la realidad es que se trataba de una cuestión terminológica, dado que la configuración del proceso en sí mismo no se ha visto afectada de manera esencial.

Sobre las causas legalmente tasadas de revisión de sentencias, debemos tener en cuenta que el artículo 1.796 de la LEC 1881 establecía las siguientes: (i) si después de pronunciada sentencia se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado; (ii) si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociere o declarare después; (iii) si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento en la sentencia; y (iv) si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia y otra maquinación fraudulenta.

Como se podrá observar a lo largo del presente artículo al analizar la aplicación de las causas legalmente establecidas en la actualidad para la revisión de sentencias firmes, se han modificado de manera parcial las causas legales de revisión que se establecían en la LEC 1881, ya que:

- 1.^a causa de revisión, en lugar de referirse a «recobraren», en la LEC se hace referencia a «recobraren u obtuvieren documentos decisivos», habiendo tenido ello incidencia en algún pronunciamiento concreto, tal y como veremos con posterioridad.
- 2.^a causa de revisión, en vez de referirse a «haber sido reconocidos o declarados falsos o cuya falsedad se reconociere o declarare después», en la LEC únicamente se refiere a la declaración de falsedad del documento, y no al reconocimiento.
- 3.^a causa de revisión, únicamente se refería a la prueba testifical y al testigo, mientras que la LEC se refiere también al perito y a la prueba pericial.
- 4.^a causa de revisión, únicamente se ha suprimido la palabra «otra» de la definición al referirse a maquinación fraudulenta.

En consecuencia, la realidad es que durante 140 años la definición de las causas legales de revisión de sentencia no se ha modificado de manera sustancial, siendo quizás lo más relevante la adición de la falsedad respecto a la prueba pericial como causa legal de revisión.

No obstante, se debe destacar que a dichas causas se ha adicionado una más como consecuencia de la reforma operada por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, se ha añadido una causa de revisión, que es aplicable en aquellos supuestos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) haya declarado

que la resolución judicial firme que se dictó violó alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y sus protocolos, aunque dicha causa legal de revisión no opera de manera automática, sino que se restringe a aquellos supuestos en los que la violación producida, por su naturaleza y gravedad, conlleve efectos que persistan y que no puedan cesar de una manera distinta a la revisión de sentencia, y, además, no puede perjudicar a los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. Por lo tanto, se ha previsto una causa legal adicional en la LEC, cuyos requisitos son más restrictivos y sus efectos están más limitados.

Sobre esta modificación llevada a cabo en el año 2015, es importante tener en cuenta que nuestro Alto Tribunal ya se había tenido que pronunciar en diversas ocasiones sobre la posibilidad de revisar o no una sentencia firme como consecuencia de un pronunciamiento del TEDH, habiendo interpretado que ello no era posible. En concreto, podemos destacar la STS de 20 de noviembre de 2001 (rec. 3325/2000), que, analizando la posibilidad de revisar una sentencia firme como consecuencia de una sentencia posterior del TEDH que había declarado que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión, sostuvo que, al tratarse la revisión de sentencia de una excepción a la cosa juzgada, se deben interpretar de manera restrictiva las causas legales de revisión, sin que sean válidas interpretaciones extensivas, y no pudiendo encuadrar dicho supuesto en las causas legalmente previstas entonces.

En consecuencia, la reforma realizada en el año 2015 en la LEC fue importante para que España pudiese cumplir con el compromiso adquirido al adherirse al CEDH, ya que, tal y como había sostenido García Murcia (2014): «El problema, de nuevo, reside en la ausencia de procedimientos específicos para dar cauce a dicha ejecución, particularmente para proceder a la anulación de las sentencias firmes de orden interno implicadas en el asunto».

De igual forma, y centrándonos específicamente en la norma rituarial aplicable al proceso laboral, debemos tener en cuenta que el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral (LPL), también se refería al recurso de revisión, como sucedía en el caso de la LEC 1881, manteniéndose dicha referencia hasta la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Esta reforma fue importante desde un punto de vista de corrección terminológica, ya que, tal y como sostuvo Casas Baamonde (2001), los medios de impugnación de la cosa juzgada, entre los que se encontraba la impugnación de la cosa juzgada de las sentencias, se llamaban o consideraban de forma inadecuada, al utilizarse el término recurso, manteniéndose dicha redacción incluso tras la entrada en vigor de la LEC.

Este aspecto es importante, ya que tanto la LPL como la LRJS hacen referencia al recurso de revisión frente a los decretos de los letrados y de las letradas de la Administración de Justicia (anteriormente, secretarios y secretarías judiciales), por lo que se puede producir una confusión terminológica importante al encontrarnos ante instituciones que se denominaban de igual forma, aunque con una naturaleza y finalidad absolutamente diferente.

Sobre dicha regulación sí es importante destacar que con la derogación de la LPL y la entrada en vigor de la LRJS sí se procedió a una reforma de la regulación de la demanda de revisión en el proceso laboral, ya que mientras que el artículo 234 de la LPL hacía una remisión a la LEC de manera casi plena, sin establecer particularidades al respecto, la LRJS sí establece determinadas particularidades en la definición, exigiendo requisitos específicos para la revisión de sentencias en el proceso laboral. Así, y aunque nos hemos referido antes al régimen del artículo 236 de la LRJS, el mismo establece lo siguiente:

- Se añade un supuesto específico de revisión de sentencia en el ámbito laboral, concretamente el previsto en el artículo 86.3 de la LRJS que se refiere a los supuestos en los que como consecuencia de una cuestión prejudicial penal se dictara una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo. No obstante, dicha referencia es más estética y sistemática que real, ya que el artículo 86.3 de la LPL ya hacía referencia a dicha causa legal de revisión de sentencia.
- Se refuerza el carácter subsidiario de la institución, al exigirse que se hayan agotado los recursos jurisdiccionales previstos legalmente, incluyendo, si hubiera sido posible plantearlo, el incidente de nulidad de actuaciones o la audiencia a la parte demandada rebelde. Sobre este aspecto, lo que realizó la norma, más que regular *ex novo* unos requisitos para revisar sentencias firmes en el ámbito del proceso laboral, es, como sostuvo Salinas Molina (2011), articular la interrelación entre la audiencia a la parte demandada rebelde, la nulidad de actuaciones y la revisión de sentencias firmes, en correlación con lo que venía estableciendo la jurisprudencia laboral.

En consecuencia, la realidad es que no podemos afirmar que se hayan producido grandes reformas en el régimen de la revisión de sentencias, más allá de la inclusión como causa de revisión de la existencia de sentencia del TEDH en la que se declare que se han vulnerado derechos recogidos en el CEDH, que era una modificación necesaria para poder cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España como consecuencia de la adhesión al CEDH, y en virtud de lo anterior tampoco podemos considerar que se hayan producido demasiados vaivenes interpretativos en la jurisprudencia desde la LEC 1881 hasta la actualidad. Por dicho motivo, en el siguiente epígrafe se realizará un análisis pormenorizado de las causas legales de revisión de sentencias firmes y de la jurisprudencia que las ha interpretado.

3. Causas legalmente tasadas de revisión de sentencia firme y análisis jurisprudencial

El proceso de revisión de sentencias firmes aparece expresamente regulado en la norma, centrándose no solo en las causas legales de revisión, sino también en aspectos procedimentales como pueden ser la determinación de las partes en el proceso, la constitución del

depósito necesario, los plazos para interponer demanda, etc. Sin embargo, desde un punto de vista doctrinal y práctico, lo realmente relevante a efectos del presente estudio son los motivos de revisión y cómo se han interpretado los mismos, de manera que, a lo largo del presente epígrafe, nos referiremos a las causas de revisión, sin perjuicio de que podamos hacer referencia a otros aspectos si fueran de interés.

Con carácter previo, es importante destacar que, tal y como se ha mencionado con anterioridad, las causas de revisión de sentencia aparecen legalmente tasadas y deben interpretarse de manera restrictiva, de forma que ello conlleva que se deba formular con la mayor precisión posible la causa específica por la que se pretende revisar la sentencia firme, sin que sea suficiente con realizar una remisión genérica a la causa de revisión. Por lo tanto, la carga de la prueba de la existencia de la causa de revisión, tal y como sostuvo la STS 132/2022, de 9 de febrero, es de la parte que incoa el proceso de revisión.

Igualmente, antes de analizar cada una de las causas independientemente consideradas, debemos resaltar que actualmente, de la lectura integradora de la LEC y la LRJS, se dilucidan seis causas de revisión, existiendo un aspecto común respecto a las cuatro causas que se regulan expresamente en el artículo 510.1 de la LEC, y que serán las que analizaremos con carácter previo. En concreto, el nexo común que comparten estas cuatro causas es que en todas se exige la acreditación de una acción concreta, pero, además, se exige para poder revisar la sentencia firme dictada que realmente dicha conducta haya tenido un carácter decisivo, de manera que no basta con el incumplimiento formal por parte de la contraparte, sino que adicionalmente hay que acreditar que el mismo tiene carácter suficientemente trascendente para cambiar el signo del fallo.

Teniendo en cuenta esto, entramos a valorar las diversas causas legales de revisión de manera detallada.

3.1. La recuperación o recobro de documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado

En primer lugar, el artículo 510.1.1.º de la LEC establece como causa de revisión de sentencia firme el supuesto en el que tras dictarse sentencia se recobraren u obtuvieren documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

Por lo tanto, conforme a dicha causa, para poder revisar una sentencia firme es necesario que se cumplan una serie de requisitos que se desglosan a continuación:

- Debe tratarse de un documento en el sentido estricto del término desde un punto de vista procesal, pudiendo utilizar de referencia la calificación de documento que

ha realizado nuestro TS a efectos de la revisión de hechos en el recurso de suplicación.

Como consecuencia de ello, no es válida a efectos revisorios la declaración testifical que se recoge en un documento, pudiendo destacar en este sentido la STS de 27 de febrero de 2001 (rec. 1318/2000) que negó la posibilidad de utilizar a efectos de revisión de sentencias un documento notarial en el que se recogía una declaración de un tercero al considerarse testifical impropia o encubierta.

De igual modo, la STS de 24 de marzo de 2011 (rec. 6/2010) sostuvo que no era posible utilizar un DVD que contenía una grabación sobre los hechos imputados en un despido disciplinario a efectos revisorios dado que no se podía calificar como documento.

Además, sobre la calificación de documento, y dada la creciente importancia de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), resulta relevante la STS 99/2021, de 27 de enero, que interpretó que no se puede considerar a efectos revisorios una sentencia del TJUE que estableciera una doctrina distinta a la contenida en la sentencia que pretende revisarse.

- Los documentos que se pretenden utilizar para revisar una sentencia firme deben «recobrase» y, para que los documentos puedan recobrase, dichos documentos deben preexistir.

Además, los documentos recobrados no pueden haberse perdido o extraviado por la parte que plantea demanda de revisión basada en dichos documentos, ya que la revisión no puede operar para subsanar las deficiencias que se han producido por la parte durante la tramitación del proceso, o la falta de diligencia procesal. En este sentido, resulta muy interesante la STS 27/2022, de 15 de enero, que resuelve un caso en el que la parte que incoa el proceso alega que el documento que se pretende utilizar para revisar la sentencia se extravió por su parte, y lo recuperó una vez que transcurrieron 20 años, y el TS desestima la demanda de revisión al entender que nos encontramos ante una negligencia de la parte que pretende la revisión y no ante una situación de fuerza mayor o de actuación maliciosa por la parte contraria.

Sin embargo, en sentido contrario a la sentencia citada, la STS de 29 de septiembre de 2007 (rec. 10/2007) consideró válido a efectos revisorios un certificado de carácter médico que fue aportado por la demandante en el expediente administrativo previo al proceso judicial y que posteriormente no fue aportado junto al mismo en el proceso, de manera que su aportación no fue posible como consecuencia de la conducta de la Administración pública competente, y no por la propia de la parte demandante.

- Además, no basta con que nos encontremos ante un documento que no está en poder de la parte que pretende la revisión de sentencia firme, sino que la regla general, tal y como sostuvo, a modo de ejemplo, la STS de 4 de diciembre de

2007 (rec. 8/2006), es que no es suficiente con que el documento no hubiera estado disponible, sino que es necesario que dicha ausencia de disponibilidad se deba a una causa de fuerza mayor o a la conducta de la parte contraria. Como consecuencia de ello, la STS de 26 de febrero de 2003 (rec. 12/2002) consideró que no era posible basar la revisión de sentencia firme en un certificado del obispado como consecuencia de que no se encontraba retenido por fuerza mayor ni se estaba impidiendo su aportación, ya que la parte demandante podría haberlo aportado al proceso al tener acceso al documento, aunque tuviese que utilizar los mecanismos procesales previstos en la normativa para su aportación al proceso. Por lo tanto, no puede utilizarse el presente cauce revisorio para subsanar los defectos o errores judiciales producidos a lo largo del desarrollo del proceso.

Respecto al concepto de fuerza mayor, ni la LRJS ni la LEC definen qué debe interpretarse por fuerza mayor en el ámbito procesal, y en el ámbito laboral tampoco se establece ninguna particularidad respecto al concepto de fuerza mayor, más allá de que la jurisprudencia ha ido interpretando qué se considera por fuerza mayor, por lo que debemos acudir a la regulación genérica y parca contenida en el artículo 1.105 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (CC), que define la fuerza mayor como aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, habiéndose previsto, fueran inevitables. La inclusión de dicho concepto en el precepto ha supuesto que determinados pronunciamientos, entre los que podemos destacar la STS de 24 de enero de 2000 (rec. 1636/1998), hayan interpretado que por fuerza mayor no puede calificarse el mero desconocimiento de la existencia de un documento concreto, o la dificultad de su búsqueda, cuando la parte demandante ni siquiera acredita que haya realizado gestiones para la obtención del documento.

No obstante, la realidad es que, a diferencia de otros requisitos de la revisión de sentencia firme, este ha sido aplicado de una forma más laxa en algunos supuestos, entre los que puede destacarse la STS de 31 de enero de 2011 (rec. 5/2010), que realizando una interpretación más extensiva del literal del precepto, y teniendo en cuenta la reforma realizada del mismo, entiende que, mientras que antes solo se hacía referencia a que los documentos fuesen recobrados y que hubiesen sido detenidos, tras la reforma realizada por la LEC se permite también revisar una sentencia firme como consecuencia de documentos obtenidos, de manera que sería suficiente que la parte que pretende revisar la sentencia no hubiera tenido disponibilidad de los documentos. Pese a lo anterior, la realidad es que nos encontramos ante una interpretación absolutamente excepcional, que no ha sido aplicada como regla general, por lo que lo más garantista es solicitar durante el proceso a la contraparte que aporte todos aquellos documentos que no va a poder aportar *motu proprio*.

- De igual forma, y aunque podría entenderse que nos encontramos ante una característica inherente a la anterior, para que el documento se pueda utilizar a efectos de revisión de sentencias firmes, es necesario que preexista, de manera que no es válida la utilización de documentos posteriores a la sentencia que se pretende

revisar, aunque se refiera a hechos anteriores. Sobre esta cuestión, a modo de ejemplo, se ha estimado que no puede ser causa de revisión de sentencia, como norma general, el hecho de que se haya dictado una sentencia posterior en otro orden jurisdiccional, tal y como sostuvo la STS 288/2016, de 14 de abril.

Sin perjuicio de lo anterior, la STS de 5 de febrero de 2014 (rec. 25/2013) permitió revisar una sentencia firme con un documento que se emitió posteriormente a la sentencia que se pretendía revisar, concretamente se trataba de un certificado de cotizaciones en Brasil, como consecuencia de que, aunque se trataba de un documento emitido en fecha posterior, el mismo certificaba datos anteriores y mostraba claramente que existían errores en los documentos que sí eran preexistentes al momento del proceso. Por lo tanto, se permite la revisión de sentencia de manera excepcional como consecuencia de documentos posteriores, pero que tengan incidencia en documentos preexistentes, no siendo válido cualquier documento posterior.

- De forma adicional, no es suficiente con que nos encontremos ante un documento en sentido estricto, que sea preexistente al proceso y que además no hubiera podido ser aportado como consecuencia de fuerza mayor o de la conducta de la otra parte, sino que, además, dicho documento debe ser decisivo para la resolución del proceso, tal y como ha venido repitiendo la jurisprudencia. Así, por ser el pronunciamiento que más se ha reiterado por las sentencias posteriores, debemos destacar la STS de 20 de abril de 1994 (rec. 319/1993), que sostuvo que, para que se considere decisivo, el documento debe tener una naturaleza tal que por sí solo ponga en evidencia el fallo de la sentencia impugnada.

Como consecuencia de ello, no sería válida la revisión cuando se pretende llevar a cabo la misma basándose en un único documento cuyo valor probatorio es puesto en cuestión por el resto de la prueba practicada, al tener el juzgado o tribunal de la instancia la facultad de valorar conjuntamente toda la prueba, pudiendo dar prevalencia a unas pruebas sobre otras de la misma o diversa tipología. Teniendo en cuenta dicha interpretación, la STS de 19 de diciembre de 2013 (rec. 14/2012) consideró que es decisivo el certificado emitido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social que evidenciaba cuál era la base reguladora relativa a la prestación percibida por una persona trabajadora como consecuencia de una incapacidad permanente. *A sensu contrario*, y teniendo en cuenta el criterio anterior, no se consideró decisiva a efectos revisorios para la STS de 3 de noviembre de 2011 (rec. 7/2011) la aportación de una auditoría que acreditaba la situación económica de la empresa cuando el despido realizado no se basaba únicamente en causas económicas, sino que se trataba de un despido pluricausal en el que se incluían causas organizativas y productivas, por lo que no podría entenderse que el documento era decisivo.

Por último, y aunque no se establece como requisito expresamente contenido en el artículo 510 de la LEC, o en el artículo 236 de la LRJS, nuestro TS ha realizado una interpretación integradora entre el sistema de recursos contenidos en la LRJS y la demanda de revisión, de manera que no se admite la revisión de sentencia firme basada en la aportación de documentos

que pudieron ser aportados en las fases relativas al recurso de suplicación o de casación, tal y como sostuvo la STS de 24 de enero de 2000 (rec. 1636/1998), no siendo suficiente por lo tanto con acreditar todos los requisitos anteriores, sino que también se debe probar que los documentos no pudieron ser aportados ni en el acto del juicio, ni tampoco durante la tramitación de los recursos posteriores, siendo la carga de la prueba de la parte que plantea demanda de revisión. Esta interpretación es absolutamente lógica y conforme con la naturaleza subsidiaria de la institución de la revisión de sentencia firme, por lo que es necesario haber agotado todos los recursos disponibles en virtud de la LRJS, y, entre ellos, el artículo 233 de la LRJS, que permite la aportación de recursos nuevos durante las fases de recurso.

Sobre esta causa de revisión de sentencias firmes es importante tener en cuenta que, tal y como ha sido interpretado de forma reciente por la Sala de lo Social del TS, en concreto en su Sentencia 706/2020, de 23 de julio, el avance tecnológico ha provocado que muchos documentos se aporten al proceso a través de nuevos soportes electrónicos, y eso ha conllevado que sea necesario que se realice una interpretación amplia del concepto de documento a efectos procesales, ya que, en caso contrario, la revisión de hechos probados en fase de recurso de suplicación o de casación quedaría vacía de contenido. Teniendo en cuenta dicha doctrina, la mencionada sentencia consideró que tenían valor de prueba documental los correos electrónicos aportados al proceso, y que por lo tanto podrían ser propuestos como prueba documental válida para la revisión de hechos. Dicho lo anterior, es evidente que si continúa, como debería ocurrir, dicha jurisprudencia flexibilizadora sobre el concepto de documento, hay otros medios probatorios que podrán integrarse en dicho concepto, como son los «pantallazos» o los mensajes de WhatsApp, y ese concepto amplio de prueba documental no solo tendrá relevancia a efectos de los recursos de suplicación y de casación, sino también en el proceso de revisión de sentencias firmes.

3.2. La declaración de falsedad de un documento decisivo

En segundo lugar, el artículo 510.1.2.º de la LEC establece como causa de revisión de sentencias firmes el hecho de que se hubiera dictado la sentencia en virtud de documentos que al tiempo de dictarse la misma se ignorase por una de las partes que habían sido ya declarados falsos en un proceso penal, o incluso que la falsedad fuese declarada en un proceso penal con carácter posterior. Como se puede observar, el precepto establece determinados requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda revisar una sentencia firme, y los mismos han sido interpretados de manera reiterada por nuestra jurisprudencia. En este sentido, podemos señalar a modo de ejemplo la STS de 20 de julio de 1999 (rec. 2142/1997), que recopila los pronunciamientos anteriores del TS, interpretando los requisitos que de manera general se exigen para revisar una sentencia firme. En concreto, se deben destacar los siguientes:

- Que en proceso penal se haya declarado la falsedad de un documento aportado durante el proceso laboral.

Sobre esta cuestión, es fundamental que exista una sentencia penal firme que declare la existencia de falsedad documental. En este sentido, la STS de 17 de junio de 1996 (rec. 1611/1995) declaró que el auto de sobreseimiento provisional no es una resolución idónea para declarar la existencia de falsedad documental a efectos revisorios, ya que no tiene efectos de cosa juzgada material, tal y como sí ocurre con la sentencia. Así, el TS interpreta que no se puede revisar una resolución firme como consecuencia de una resolución provisional, siendo ello absolutamente lógico, dado que lo contrario afectaría al principio de seguridad jurídica.

Sin embargo, es muy relevante aclarar que no siempre la declaración de falsedad documental en el ámbito penal supone que nos encontremos ante una causa legal de revisión de sentencia firme, ya que en la jurisdicción laboral el órgano judicial que resuelve el asunto en la instancia tiene la facultad de valorar la documentación aportada, siempre que dicha interpretación no sea arbitraria, y por lo tanto, si el mismo ya ha interpretado que el documento era falso, o que para él no tenía valor probatorio, resulta irrelevante que se confirme o no por una sentencia penal posterior la falsedad de dicho documento, tal y como sostuvo la STS de 9 de marzo de 1998 (rec. 7/1997), en un supuesto en el que, pese a que el órgano judicial entendió que la persona trabajadora había falseado un documento, declaró el despido improcedente, de manera que, pese a la existencia de una sentencia penal que considera que se ha producido falsedad documental, ello no es causa legal de revisión de sentencia firme.

- Que el documento declarado falso haya sido decisivo para la resolución del caso concreto, ya que, tal y como prevé el propio precepto, la sentencia debe haber recaído «en virtud» del documento falso, por lo que realizando una interpretación conforme con la definición de la expresión que realiza la RAE es necesario que la sentencia se haya dictado «a consecuencia de» o «por el resultado de», por lo que debe existir un vínculo de causalidad entre el documento declarado falso y el fallo de la sentencia. Como consecuencia de ello, en la sentencia citada se entendió que, aunque habían sido declarados falsos cuarenta recibos, la realidad es que dichos documentos no fueron decisivos para el fallo, habiendo sido lo fundamental la naturaleza del contrato que unía a las partes, sin que fueran trascendentales dichos recibos para declarar la relación como mercantil o laboral, ya que por sí mismos estos únicamente pueden considerarse como un indicio de laboralidad, pero no como criterio para determinar por sí mismo la existencia de la misma.

Esta causa de revisión de sentencia firme es absolutamente coherente con el artículo 86.2 de la LRJS, que establece como causa de suspensión del procedimiento el supuesto en el que se alegue por una de las partes la falsedad de un documento que tenga una influencia clara en el juicio y que condicione de forma directa la decisión relativa al proceso. En este supuesto, se establece que el juicio debe continuar hasta el final, y en el caso de que el órgano judicial que resuelva en la instancia considere que el documento es decisivo para resolver el asunto se acordará la suspensión de las actuaciones posteriores y se concederá plazo a la parte que

ha alegado la falsedad documental para que presente querrela criminal, de manera que, una vez acreditada la presentación de la querrela, la suspensión durará hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento firme en la causa criminal.

Como se puede apreciar, el artículo 86.2 de la LRJS está coordinado con el artículo 236 del mismo texto normativo, de manera que, cuando se alegue la existencia de falsedad documental, que pueda tener carácter decisivo para la resolución del proceso, se debe suspender el mismo, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica, siendo la única causa de suspensión por prejudicialidad penal en sentido estricto que regula nuestra LRJS, con independencia de que nuestros tribunales suspenden los juicios utilizando como criterio la prejudicialidad penal basada en motivos ajenos a los recogidos en el precepto, con la finalidad de que los hechos y la participación de las diversas partes se diluciden en un procedimiento penal, y por lo tanto realizando una interpretación absolutamente *contra legem*, ya que atenta contra los principios de inmediación y celeridad que rigen el proceso laboral.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la falsedad se refiere a un documento, por lo que las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior sobre la definición de documento, así como sobre la posible evolución del concepto, se deben extrapolar respecto a la causa de revisión analizada en el presente epígrafe.

3.3. La falsedad de testimonios o pericias decisivos

En tercer lugar, en coherencia con la causa anterior, el artículo 510.1.3.º de la LEC establece también la posibilidad de revisar una sentencia firme como consecuencia de la declaración de falsedad de otros medios probatorios distintos a la prueba documental, como serían la prueba testifical o pericial, y que, nuevamente, tenga carácter decisivo. En consecuencia, nos encontramos una vez más ante dos requisitos concretos a los que podemos aplicar las mismas reglas que en el epígrafe anterior:

- Por un lado, debe existir una sentencia penal que declare la existencia de falso testimonio, conforme a lo previsto en los artículos 458 y 459 de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), y que dicho falso testimonio realizado por la persona que actúe como testigo o como perito se haya producido dentro del proceso cuya sentencia se pretende revisar mediante demanda de revisión frente a sentencia firme.
- Por otro lado, que el falso testimonio o el dictamen pericial hubiera tenido carácter decisivo en el proceso. En este sentido, a modo de ejemplo, podemos destacar la STS 486/2020, de 18 de junio, que estimó la revisión de sentencia firme en un supuesto en el que se había declarado mediante sentencia penal la existencia de falso testimonio de la única persona que declaró como testigo en el procedimiento laboral que dio origen a la sentencia firme que se pretendía revisar. Sin embargo,

en el supuesto de que no se declare el falso testimonio de todos o del único testimonio realizado en el proceso, solo podrá ser revisada la sentencia en aquellos supuestos en los que el testimonio que haya predominado sobre el resto haya sido el declarado falso, siempre que el mismo fuese contradicho por el resto, ya que, si se declara la falsedad de un testimonio, pero existiendo otros en el mismo sentido, ello no puede suponer en sí mismo causa de revisión de sentencia firme, al haber otras personas que han practicado prueba testifical o pericial y que han declarado lo mismo, sin haber sido condenados mediante sentencia penal.

En este sentido, podemos destacar la STS 146/2022, de 14 de febrero, que entendió que no era causa de revisión la declaración mediante sentencia penal de la existencia de falso testimonio cuando el testimonio sobre el que se ha declarado la falsedad no sea trascendental, sino que tenga un carácter marginal y no concluyente, habiéndose basado el fallo en la existencia de otras pruebas aportadas en el acto del juicio.

3.4. La obtención de una sentencia favorable en virtud de cohecho, violencia o maquinación

En cuarto lugar, el artículo 510.1.4.º de la LEC prevé como causa de revisión de sentencia firme el que se hubiera ganado en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta. Por lo tanto, nos encontramos nuevamente ante la necesidad de que se pruebe que se han producido determinados requisitos para que se entienda que existe causa legal de revisión de sentencia firme. Así, podemos destacar:

- Por un lado, que haya existido cohecho, violencia o maquinación fraudulenta en el proceso laboral. Como se puede apreciar, aunque se regula como una única causa, la realidad es que se establecen tres supuestos diferenciados de causa de revisión, teniendo cada uno sus particularidades concretas, y siendo necesario realizar un análisis separado de los mismos:
 - Primero, se establece que se podrá revisar una sentencia firme cuando se declare en sentencia penal que existió cohecho, por lo que debemos encontrarlos ante las conductas descritas en los artículos 419 a 427 del CP, y que se haya declarado mediante sentencia firme. Tal y como analizamos al referirnos a la naturaleza de la revisión, las causas legalmente tasadas se deben interpretar en sentido restrictivo, de manera que, cuando el precepto se refiere al delito de cohecho, no se puede extender su aplicación a otros supuestos como podría ser el caso de la existencia de prevaricación, tal y como señaló la STS de 8 de julio de 2008 (rec. 20/2006), en la que se interpreta que, mientras que la prevaricación sí puede ser causa legal de revisión en el proceso contencioso-administrativo, al estar expresamente previsto en el artículo 102.1 d) de la LRJCA, no se puede llevar a cabo la revisión de sentencia firme en el proceso laboral basada en la existencia de dicho delito.

No obstante, quizás fuese oportuno incluir también la prevaricación como causa de revisión expresa en el ámbito procesal laboral, ya que no existen elementos diferenciales desde un punto objetivo que justifiquen que se incluya en un proceso y no en el otro.

- Segundo, se prevé la posibilidad de que se pueda revisar una sentencia firme cuando se declare que la sentencia que se pretende revisar se dictó en virtud de la existencia de violencia. Sobre dicho concepto, debemos tener en cuenta que no se trata de un delito, como sí sucede con el cohecho, y por lo tanto no se encuentra definido en el CP, y tampoco se define como tal en la norma procesal.

Por ello, al igual que ocurría con la fuerza mayor, es necesario acudir al CC, en cuyo artículo 1.267 se establece que se entiende por violencia el hecho de alcanzar el consentimiento de otra persona a través de fuerza irresistible. Sobre esta cuestión, es importante distinguir entre la violencia y la intimidación, aunque es una tarea nada sencilla, ya que, mientras que aquella es causa legal de revisión, no lo es esta, tal y como sostuvo la ya citada STS de 8 de julio de 2008 (rec. 20/2006), dado que nuestro ordenamiento jurídico las regula de forma separada, y si hubiera querido configurar la existencia de intimidación como causa legal de revisión la habría incluido de manera expresa.

- Tercero, se contempla como causa legal de revisión la existencia de maquinación fraudulenta, que quizás, de los tres supuestos que se mencionan de forma conjunta, es el más indeterminado de todos los conceptos jurídicos utilizados. Así, para poder determinar cuándo nos encontramos ante la existencia de maquinación fraudulenta, es importante destacar la STS de 24 de octubre de 2007 (rec. 19/2006), que realiza una compilación de la doctrina que interpreta dicho concepto y que califica la maquinación fraudulenta como la utilización de un artificio de modo artero que conduce a error con la finalidad de ganar el pleito.

Así, se exige que los artificios realizados impliquen una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante falacia o engaño por la parte vencedora, aprovechándose de manera consciente y voluntaria de actos directos o inmediatos que provocan una situación de irregularidad procesal grave, que conlleva la existencia de indefensión a la contraparte. En este sentido, se entiende por el TS que para que exista dicha institución es necesario que concurra un elemento subjetivo, y es que la maquinación haya sido realizada de forma personal o con la ayuda de un tercero por la parte que ha obtenido una sentencia favorable.

Además, es importante tener en cuenta que, tal y como declaró la STS 759/2019, de 7 de noviembre, la maquinación fraudulenta debe referirse a hechos producidos fuera del proceso, no pudiendo utilizarse para subsanar los propios defectos procesales producidos durante el desarrollo del mismo respecto a las alegaciones o a las pruebas propuestas.

Así, aplicando los criterios anteriores, la STS de 17 de abril de 2000 (rec. 4988/1998) ha desestimado que la ocultación de la persona trabajadora del finiquito mediante su no aportación al proceso pueda ser causa de revisión de sentencia firme cuando la empresa pudo haberlo aportado y no lo hizo, de manera que su aportación por la empresa en el proceso de revisión sería absolutamente extemporánea.

De igual forma, la STS de 23 de diciembre de 2003 (rec. 19/2003) ha declarado la inexistencia de maquinación fraudulenta en un supuesto en el que se realiza un despido individual por causas objetivas y 6 meses más tarde otras extinciones que en conjunto superan el umbral previsto para la calificación del despido como colectivo.

Quizás el aspecto más complejo sea delimitar dónde acaba el derecho a la tutela judicial efectiva y dónde empieza el desarrollo de una maquinación fraudulenta, y en este sentido podemos destacar la STS 360/2016, de 29 de abril, que interpretó que no existe maquinación fraudulenta en la conducta empresarial consistente en aportar en el acto del juicio documentos distintos a los aportados al expediente disciplinario incoado frente a la parte demandante, siendo aquellos ratificados por las personas que ocupaban los cargos directivos de la empresa en sede judicial, ya que la empresa tiene derecho a defenderse con toda la prueba documental a su alcance, con independencia de que la misma haya sido o no aportada a las diligencias penales, siendo ello consecuencia del desarrollo de la estrategia de defensa empresarial, pero no una actuación maliciosa llevada a cabo mediante falacia o engaño para producir indefensión a la parte contraria.

De igual forma, y aunque parece una cuestión muy obvia, la STS de 3 de mayo de 2012 (rec. 4/2011) estableció que no se puede declarar la existencia de maquinación fraudulenta por la conducta de una de las partes de negar hechos en la práctica del interrogatorio de parte del proceso laboral, aunque después fuese la persona condenada en el proceso penal por la existencia de los hechos negados por ella personalmente, ya que la parte no está sujeta a promesa o juramento de decir verdad, y en su confesión judicial, como parte, puede alegar lo que estime oportuno para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por último, respecto a la existencia de maquinación fraudulenta, quizás el caso prototípico o más veces analizado por la casuística es la ocultación del domicilio de la parte demandada con la finalidad de que la misma tenga que ser citada a través de edictos finalmente y, por lo tanto, no pueda defenderse en el proceso. En este sentido, a modo de ejemplo, la STS 36/2020, de 16 de enero, ha declarado la existencia de maquinación fraudulenta en el supuesto en el que la parte demandante era plenamente conocedora del nuevo domicilio de la demandada y, sin embargo, ocultó dicho dato al juzgado para que pudiese citar adecuadamente a la demandada en su

nuevo domicilio, provocando de forma clara la indefensión de la parte contraria. En cualquier caso, no cualquier error en la identificación del domicilio puede ser considerado una maquinación fraudulenta, sino que debe existir dolo o culpa grave de quien ha provocado la irregularidad, entendiéndose que se produce dicha conducta cuando no facilita el domicilio real de la demandada por una clara pasividad maliciosa u ocultándolo a sabiendas. De esta forma, no puede considerarse que se produce una maquinación fraudulenta cuando la parte demandante incluye como domicilio el que se consigna en el contrato o en las nóminas sin que se haya realizado ninguna comunicación de cambio al mismo, o se pueda acreditar que tuvo conocimiento de la existencia de un cambio.

Sin embargo, respecto a la ocultación maliciosa del domicilio de la parte demandada, debemos tener en cuenta que lo habitual es que se pueda corregir el defecto producido a través del incidente de nulidad de actuaciones, por lo que, tal y como declaró la STS de 10 de julio de 2001 (rec. 2131/2000), si no se ha agotado dicha vía, no se puede acudir al proceso de revisión de sentencia firme.

- Por otro lado, tal y como se ha analizado para el resto de los supuestos de revisión de sentencias firmes, que dicha conducta o declaración sea decisiva para la determinación del fallo de la sentencia, ya que el precepto exige que se haya dictado sentencia «en virtud» de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta, por lo que, en aras de no ser reiterativos, nos remitimos a lo anteriormente expuesto sobre esta materia.

3.5. Sentencia absolutoria por inexistencia de hechos o ausencia de participación en los hechos como causa legal de revisión de sentencia

En quinto lugar, y con carácter específico para el proceso laboral, el artículo 236 de la LRJS, en conexión directa con el artículo 86.3 del mismo texto normativo, establece como causa adicional de revisión de sentencia firme el supuesto en el que se dictase sentencia en un proceso penal que sea absolutoria por inexistencia del hecho o porque se declare que no existió participación en los hechos de la persona trabajadora.

Como se puede observar, la causa de revisión no es que se haya o no condenado a un sujeto concreto en un proceso penal, ya que, tal y como ha dicho de forma reiterada nuestro TS, las responsabilidades penales y laborales no tienen el mismo fundamento, por lo que una acción puede tener relevancia laboral y, sin embargo, no tenerla a efectos penales, dado que el derecho penal funciona con el principio de *ultima ratio*. Por lo tanto, el requisito que se establece para que se pueda revisar la sentencia laboral firme es que se declare

en sentencia penal o en auto de sobreseimiento definitivo que no han existido los hechos imputados en el ámbito laboral, o que no ha existido participación en los hechos, ya que, tal y como ha reiterado el TC, unos mismos hechos no pueden existir y no existir en pronunciamientos de distintos órdenes jurisdiccionales, sino que lo que puede ser valorado de forma diferente son las consecuencias derivadas sobre las personas autoras de determinados hechos que hayan sido acreditados. En este sentido, a título ilustrativo, citamos la STC 152/2001, de 2 de julio.

Como consecuencia de lo anterior, dado que las causas de revisión de sentencia firme se deben interpretar en sentido estricto, se excluyen a efectos revisorios resoluciones diferentes a la anteriormente expuesta, no siendo suficiente con que absuelvan penalmente a la persona trabajadora, sino que es necesario que la absuelvan por ausencia de los hechos o de su participación en los mismos, tal y como sostuvo la STS de 10 de diciembre de 2002 (rec. 1108/2001). Este aspecto es importante, ya que, cuando no exista condena en el ámbito penal, ello no supone automáticamente que se pueda revisar la sentencia firme en el ámbito laboral. En este sentido, a modo de ejemplo, la STS 132/2022, de 9 de febrero, declaró que se absolvía a la persona trabajadora porque la documentación que acreditaba el delito se aportó de forma extemporánea al proceso penal y, por lo tanto, no se le absolvía por ausencia de hechos, sino por un defecto procesal, por lo que, aunque no exista responsabilidad penal, sí puede existir responsabilidad laboral.

Esta divergencia interpretativa en materia de responsabilidades en los diversos órdenes jurisdiccionales se debe a que los mismos se rigen por principios distintos, de manera que, mientras que en el ámbito laboral no existe presunción de inocencia, en el ámbito penal sí, y este principio es el que rige todo el proceso, de manera que la prueba que puede no ser suficiente para condenar a una persona en materia penal sí puede serlo en materia laboral.

Dicho lo anterior, y realizando una interpretación conjunta de los apartados 2 y 3 del artículo 86 de la LRJS, es importante tener en cuenta que, mientras que la falsedad documental es causa de suspensión, el resto de los delitos no lo son, y por lo tanto no se debería suspender el juicio en materia laboral en el caso de que se abrieran diligencias penales por la existencia de un posible delito, ya que ello puede contaminar el proceso laboral como consecuencia del resultado del proceso penal, cuando aquel se rige por los principios de celeridad e inmediación, y el penal no.

3.6. La revisión de sentencia firme como consecuencia de pronunciamientos del TEDH que declaren la violación de derechos reconocidos en el CEDH

Por último, tal y como hemos mencionado en el epígrafe correspondiente a la evolución histórica de la normativa, la modificación legal más importante que se ha introducido en la institución de la revisión de sentencias firmes es la inclusión como causa legal de revisión de la existencia de un pronunciamiento del TEDH que declare la violación de derechos reconocidos.

En este sentido, es importante considerar que, antes de la inclusión del apartado 2 en el artículo 510 de la LEC, no se podía revisar una sentencia firme como consecuencia de que se dictara una sentencia por parte del TEDH que declarase que se había vulnerado el CEDH, de manera que no se cumplía adecuadamente con los compromisos suscritos en virtud de dicho tratado, ya que la sentencia obtenida no se podía ejecutar.

Sin embargo, en la actualidad ya es posible revisar sentencias firmes como consecuencia de los recursos planteados ante el TEDH, aunque la realidad es que no es una causa legal extensiva, sino que tiene determinados requisitos que actúan como limitativos de la causa legal de revisión.

Así, se exige que el TEDH haya declarado que se ha producido una violación del CEDH o sus protocolos y que, además, dicha violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que pueda perjudicar a derechos adquiridos de buena fe por terceros. En consecuencia, no basta solo con obtener una sentencia favorable, sino que, además, para poder revisar la sentencia con base en el fallo obtenido por el TEDH se deben cumplir los requisitos anteriormente mencionados.

En cualquier caso, si se acreditan dichos requisitos, es posible revisar la sentencia firme y, además, aunque la parte reclamante que ha obtenido la sentencia del TEDH por la que se declara que se le han violado sus derechos es la única que puede revisar la sentencia nacional, ya que no existe en el ámbito laboral un proceso de extensión de efectos de sentencias, la realidad es que los pronunciamientos que se dictan por el TEDH interpretando el CEDH deben ser tenidos en cuenta por nuestro TC, y por el resto de los tribunales para interpretar los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos conforme a lo previsto en el artículo 10.2 de la CE; por lo que esta causa legal de revisión funciona en la práctica como una auténtica fuente de jurisprudencia, ya que, aunque determinados sujetos acudan al TEDH para revisar su sentencia desfavorable, y por lo tanto para conseguir un pronunciamiento favorable a sus intereses individualmente considerados, la realidad es que de la jurisprudencia del TEDH que se dicta se benefician todas las demás, al ser sentencias que tienen que ser integradas en nuestra jurisprudencia, aunque las situaciones consolidadas por terceros ya no se pueden revisar.

Esta causa de revisión de sentencias firmes es especialmente relevante en nuestro ordenamiento jurídico-laboral dado que en los últimos años se han dictado importantes pronunciamientos por parte del TEDH con gran repercusión en el ámbito laboral, y que son notoriamente conocidos, como son los asuntos López Ribalda I (Sentencia del TEDH –STEDH– de 9 de enero de 2018, asunto 1874/2013) y II (STEDH de 17 de octubre de 2019, asunto 1874/2013), en los que se analizaba la validez de unas cámaras ocultas como medio de control laboral, y que, además de haber podido ser utilizados, en su caso, como causa de revisión de sentencias firmes, han servido para crear una jurisprudencia consolidada sobre la validez de dichas pruebas.

Además, recientemente se han dictado las SSTEDH de 19 de enero de 2023, Doménech Arandilla y Rodríguez González (asuntos 32667/19 y 30807/20), y de 26 de enero de 2023, Valverde Digón (asunto 22386/19), en las que se analizaba si se había vulnerado por parte de España el derecho de propiedad como consecuencia de haber negado el derecho a pensión de viudedad de varias mujeres que habían sufrido la muerte de sus parejas, como consecuencia de que no estaban inscritas en un registro de parejas de hecho al momento de dichos fallecimientos. En este sentido, el TEDH entiende que, dado que al momento de los fallecimientos no se requería como requisito la inscripción formal en el registro, ni que fuera obligado que se hubiera efectuado 2 años antes de la fecha de fallecimiento de las parejas, es evidente que las reclamantes habían adquirido un derecho de propiedad, y el actuar del Estado español suponía una injerencia en sus bienes, por lo que, aunque dichas sentencias solo servirían procesalmente para revisar los casos particulares planteados, la interpretación realizada debe integrarse en nuestra jurisprudencia conforme al artículo 10.2 de la CE y aplicarse internamente, teniendo por ello unos efectos más amplios que la aplicación al caso concreto.

Dicho lo anterior, antes de cerrar el presente epígrafe, es importante destacar que en la actualidad únicamente pueden ser alegadas como causa de revisión las sentencias del TEDH, que son las que expresamente se citan en el artículo 510.2 de la LEC, pero no las de otros tribunales internacionales, tal y como interpretó la Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2006, asunto Kapferer. No obstante, la realidad es que el TJUE se pronuncia con carácter previo a que el asunto se resuelva por los tribunales nacionales, por lo que no tiene sentido la revisión *a posteriori* dado que las cuestiones se plantean con carácter previo a que la sentencia que pone fin al proceso sea definitiva.

4. Los principales retos que afronta la revisión de sentencias en el proceso laboral: ¿revisión por antijuridicidad de la norma aplicada?

La extraordinaria naturaleza de la que se ve investida esta figura jurídica procesal limita, al menos en apariencia, sus perspectivas de expansión, incluso de mejora. Sin embargo, un análisis en profundidad de la misma centrado en las particularidades del proceso laboral y en la configuración del mismo como un proceso de única instancia permite apuntar algunas líneas de reforma o cuanto menos de reflexión en torno a la misma.

De todas las posibles líneas de mejora que podemos vislumbrar en la institución de la revisión de sentencias firmes con carácter general, sería importante que nos centráramos en la que se refiere a la eventual introducción de un motivo revisorio con sustento en la injusticia provocada por la antijuridicidad declarada *ex post* de las normas jurídicas aplicadas para la resolución del asunto sentenciado con firmeza.

En el epígrafe precedente se ha expuesto sucintamente cómo la inclusión de los efectos de las sentencias dictadas por el TEDH ya va generando un camino de acceso a la revisión de sentencias firmes mucho más operativo, inmediato y ágil que los que ofrecían los motivos

tradicionales. Pues bien, precisamente en línea con esta realidad, cabe preguntarse si las resoluciones de otros tribunales internacionales e incluso patrios deberían contar con un reconocimiento revisorio análogo a las del garante de los derechos humanos en el marco del Consejo de Europa.

En efecto, la primera candidatura al planteamiento que acabamos de realizar la ostentan sin lugar a duda las sentencias dictadas por el TJUE, órgano judicial que, como es sabido, tiene una función exclusivamente normofiláctica, en tanto busca la garantía de la adecuada aplicación del derecho de la Unión por parte de los Estados miembros de la misma. Siendo así las cosas, ¿resulta plausible plantearse un conflicto entre el valor justicia y el principio de seguridad jurídica con sustento en una resolución de este tribunal?, ¿tendría sentido habilitar la demanda de revisión de una sentencia firme por la declaración de inadecuación del derecho sustantivo que se aplicó en su dictado declarada posteriormente a dicha firmeza por el TJUE?

Desde un plano meramente filosófico-jurídico, quizá la respuesta debería ser afirmativa, pues quien vio perjudicados sus derechos por la aplicación de una norma infractora del derecho europeo no deja de ser víctima de una injusticia de la que no pudo defenderse en su momento, pues, como es sabido, el mecanismo de validación de una norma interna al derecho de la Unión Europea solo puede suscitarlo el órgano judicial gozando de plena autonomía para adoptar la decisión del planteamiento o no de la cuestión prejudicial.

No obstante, haciendo un paralelismo entre la cuestión prejudicial europea y la cuestión o, incluso, el recurso de inconstitucionalidad interno, la respuesta del ordenamiento jurídico en estos momentos es claramente negativa, pues las sentencias del TC dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad tienen efectos constitutivos y, por tanto, no producen efectos jurídicos retroactivos en relación con las situaciones jurídicas producidas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional.

Esta realidad incuestionada desde la propia promulgación de la Constitución se torna de alguna manera controvertida con la introducción entre los motivos de revisión de las alteraciones que puedan producir las sentencias del TEDH. Precisamente por ello no podemos dejar de suscitar en el presente análisis la conveniencia de repensar ordenadamente la introducción de nuevos supuestos de revisión basados en circunstancias de injusticia material con origen en el propio sistema de fuentes normativas y en concreto, como ha quedado apuntado, en lo que al sistema interno se refiere en orden a la constitucionalidad de las leyes y lo mismo respecto de la adecuación del derecho nacional al ordenamiento jurídico europeo.

En todo caso, es importante resaltar que la propuesta de que puedan revisarse situaciones jurídicas judicialmente constituidas en firme a través de un motivo de revisión basado en la ilegalidad de la norma aplicada –sea la norma interna o sea la europea– resolvería el viejo temor de la reparación masificada como solución a dichas injusticias. El hecho de que la persona afectada con una injusticia de este tipo deba someter la misma al control judicial del TS a través de los estrictos y rigurosos cauces de la revisión de sentencias limitaría los supuestos de solicitud de reparación y también permitiría un análisis pormenorizado de cada una de ellas.

Lo que nos resulta francamente complejo de comprender, por más que sea la práctica instaurada desde hace 45 años, es que el ordenamiento jurídico español permita actuar al justiciable frente a situaciones de injusticia manifiesta relacionada con el procedimiento en el que se ventilan sus derechos y no se habilite idéntico mecanismo para resolver la misma injusticia basada en la aplicación de normas contrarias al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Esa aplicación febril del principio *tempus regit factum* puede tener cierta justificación cuando lo que se modifica es el criterio judicial interpretativo de una norma, pues aquel criterio distinto del actual no es más ni menos ajustado a derecho, sino que sencillamente es un criterio interpretativo diverso. Ahora bien, cuando es la propia norma aplicada la que posteriormente es dejada sin efecto, sea por un vicio de inconstitucionalidad, o sea por su inadecuación al marco normativo europeo, no parece justificado ni justificable que dicha injusticia ajena totalmente a la voluntad del justiciable no encuentre cauce de resolución o de compensación.

Desde luego la tradicional defensa a ultranza del principio de seguridad jurídica como argumento para la inalterabilidad de las situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma declarada antijurídica me resulta difícil de digerir, fundamentalmente porque la pugna entre ese principio de seguridad jurídica y la justicia es una guerra acabada en la que se ha querido que venza la justicia.

En definitiva, se postula un análisis reposado, honesto y coherente, en relación con la conveniencia de dar acceso a los motivos de revisión al dictado de resoluciones del TC o del TJUE que declaren la antijuridicidad de las normas aplicadas para la generación de una situación injusta sentenciada y con sentencia firme, ya que consideramos que dicha reforma es necesaria y, además, que la revisión de sentencias firmes debe ser el mecanismo a través del cual se encauce la resolución de tales injusticias.

5. Conclusiones

Primera. El proceso de revisión tiene como finalidad la rescisión de una sentencia firme que ha sido ganada injustamente, para garantizar el equilibrio entre el principio de justicia material y el principio de seguridad jurídica, cediendo este respecto a aquel, y tratándose de una excepción a la cosa juzgada, y por ello se tienen que interpretar las causas de revisión legalmente tasadas en sentido estricto. Además, dicho proceso es absolutamente de carácter subsidiario, ya que exige haber agotado todos los recursos procesales en un sentido amplio que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico para plantear la corrección de las infracciones que se hayan producido en materia formal o material durante el procedimiento que ha dado lugar a la sentencia firme que se pretende revisar.

Segunda. La revisión de sentencia firme no es un recurso a una sentencia, pese a que originariamente se denominara así, sino que se trata de un proceso autónomo, cuya regulación

ha variado muy poco desde 1881 hasta la actualidad, siendo lo más destacable la inclusión de las sentencias del TEDH como causa de revisión de sentencia firme.

Tercera. Es posible la revisión de sentencia como consecuencia de haber recobrado u obtenido un documento decisivo del que no se hubiera podido disponer antes por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado la sentencia que se pretende revisar. Para poder realizar dicha revisión, es necesario que: (i) se trate de un documento en sentido técnico jurídico, siendo la referencia que el mismo pueda ser utilizado a efectos de revisión de hechos en el recurso de suplicación; (ii) el documento se debe haber recobrado, aunque alguna sentencia minoritaria entiende que bastaría con obtenerlo; (iii) el documento debe ser preexistente, de manera que no pueden crearse documentos *a posteriori* para su aportación, salvo que se trate de documentos elaborados posteriormente que corrijan datos erróneamente incluidos en un documento preexistente; (iv) la ausencia de disponibilidad se deba a fuerza mayor o a la conducta de la parte vencedora en el proceso, siendo la carga de la prueba de quien lo plantea; (v) sea un documento decisivo, entendiéndose por este el que es suficiente para poner en evidencia el fallo de la sentencia impugnada, y (vi) se acredite que los documentos no pudieron ser aportados durante las distintas fases del recurso, al no disponer de ellos antes de que existiera sentencia firme.

Cuarta. La única causa de prejudicialidad penal que existe en el proceso laboral es el supuesto en el que nos encontremos ante la alegación de falsedad documental de un documento que sea decisivo para la resolución del juicio. No obstante, en aquellos supuestos en los que no se plantea la falsedad documental en el proceso, y se dicta sentencia, puede plantearse demanda de revisión, una vez que se hayan agotado todos los recursos disponibles y la sentencia sea firme, siempre y cuando se acredite que se ha declarado la falsedad documental de un documento aportado al proceso y que sea decisivo para el proceso laboral.

Quinta. De igual forma, se puede revisar una sentencia firme en supuestos en los que se declare que ha existido falso testimonio de las personas que hayan actuado en el proceso como peritos o testigos, y cuya prueba practicada fuese relevante para el sentido del fallo.

Sexta. Se consideran causas legales de revisión el cohecho, la violencia y la maquinación fraudulenta, siempre que dichas conductas tengan un carácter decisivo en el sentido del fallo. No obstante, dichos conceptos se deben interpretar en sentido estricto, de manera que tiene que tratarse de cohecho y no prevaricación, así como debe tratarse de violencia y no de intimidación. Respecto a la maquinación fraudulenta, se trata del concepto más difícil de interpretar, y en muchas ocasiones es difícil diferenciar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y la maquinación fraudulenta. Esta causa quizás debería ser ampliada a otros delitos como podría ser el caso de la prevaricación, que sí es causa de revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Séptima. La existencia de una sentencia absolutoria en un proceso penal no es causa de revisión de sentencia firme en materia laboral con carácter general, sino que únicamente puede serlo en el caso en el que la causa de absolución sea la declaración de inexistencia de hechos o de ausencia de participación en los hechos.

Octava. La causa de revisión de sentencia firme que en la práctica tiene una mayor relevancia es la relativa a la existencia de sentencia del TEDH declarando la vulneración de derechos contemplados en el CEDH, ya que, aunque solo puede ser utilizada para la revisión del supuesto concreto, al ser revisada por el TS, la integración de dichos pronunciamientos como jurisprudencia es más rápida, y tiene un efecto expansivo al ser utilizada para resolver asuntos que aún no han finalizado con la existencia de una sentencia firme.

Novena. La revisión de sentencias firmes puede ser el mecanismo a través del cual resolver el problema tradicional de las injusticias provocadas con sentencias firmes tras la declaración posterior a dicha firmeza de que la norma empleada para la resolución del caso era contraria al ordenamiento jurídico. La inamovilidad de dichas situaciones jurídicas, que tradicionalmente se ha venido defendiendo con sustento en la necesidad de dotar al sistema de seguridad jurídica, debe caer desde el momento en que la propia existencia del mecanismo de la revisión de sentencias firmes supone el reconocimiento por el legislador de la primacía de la justicia frente a dicho principio de seguridad jurídica.

Referencias bibliográficas

- Cardenal Carro, M. (2003). *La revisión de sentencias en la jurisdicción social*. Aranzadi.
- Casas Baamonde, M. E. (2001). La prueba en el proceso laboral tras la nueva Ley de enjuiciamiento civil y el sistema de recursos en el orden jurisdiccional social. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 817-857.
- García Murcia, J. (2014). Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Actualidad Laboral*, 6, 2.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2002). El «recurso» de revisión y el carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STS 20 de noviembre de 2021). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 877-882.
- Molina Navarrete, C. (2012). *El sistema de recursos en el proceso social: ¿«modernización» o «autopista» para la «congestión»? Análisis de la nueva Ley de jurisdicción social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. La Ley.
- Rosado Iglesias, G. (2006). Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia. *Cuadernos de Derecho Público*, 28, 83-123. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/785/840>
- Salinas Molina, F. (2011). Ley reguladora de la jurisdicción social: innovaciones afectantes a los medios de impugnación y a las ejecuciones. *Diario La Ley*, 774.
- Sempere Navarro, A. V. (2001). *Curso de procedimiento laboral* (5.ª ed.). Tecnos.

Alberto Novoa Mendoza. Socio del Área Laboral de RocaJunyent en la oficina de Madrid. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Nacional de Laboralistas. Letrado colaborador de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor en distintas universidades y escuelas de negocios. Docente invitado en la escuela de formación del Consejo General del Poder Judicial y en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.

El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total?

Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

Por imperativo legal, además de por exigencias de los compromisos internacionales asumidos por España, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo lleva años aplicando, al menos en el plano del discurso hermenéutico, la perspectiva de género, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social. Ahora bien, cuando se lleva a cabo un estudio profundo de su jurisprudencia, el balance resultante es mucho menos positivo del que derivaría de la posición teórica. Precisamente, en estos últimos meses, la Sala Social del Tribunal Supremo ha dictado una serie de sentencias en el ámbito de la Seguridad Social que desnudan las dificultades aplicativas, también las diferencias de posiciones en el seno del Alto Tribunal, tanto de la perspectiva de género como de la perspectiva de infancia (interés superior de la persona menor). Este análisis jurídico, expositivo y crítico, pretende dar cuenta de tres de las más relevantes sentencias (dos de ellas relativas al complemento de maternidad ex art. 60 Ley general de la Seguridad Social, la tercera relativa al permiso por nacimiento para las familias monoparentales ex arts. 177 y ss. Ley general de la Seguridad Social y 48 Estatuto de los Trabajadores). De su conflictividad da cuenta que dos de ellas se hayan dictado con votos particulares y en un escenario de extrema disparidad de criterios de los tribunales de suplicación que, en ciertos casos, se han situado más allá de la función interpretativa de las leyes para aventurarse en una auténtica, y polémica, función creativa.

Palabras clave: perspectiva de género; interés superior de la persona menor; pensiones públicas; Seguridad Social; familias monoparentales; complemento de maternidad; gobierno de los jueces.

Recibido: 15-03-2023 / Aceptado: 15-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 27-03-2023

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 181-199. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18731>

The "wobble" of the gender (and children's) perspective in recent case law: can "maternity damage" (even single-parent) be compensated through Social Security without its total judicialisation?

On the occasion of Supreme Court Rulings 111/2023, of 8 February, 167/2023, of 27 February, and 169/2023, of 2 March

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Abstract

By legal imperative and international law mandates, the jurisprudence of the Social Chamber of the Spanish Supreme Court has been applying the gender perspective for years, at least at the level of hermeneutical discourse, especially in the field of Social Security. However, an in-depth study of its jurisprudence reveals a much less positive balance. Precisely, in recent months, the Social Chamber of the Supreme Court has handed down a series of sentences in the field of Social Security in which the application difficulties are exposed, as well as the differences in positions within the High Court, both from the gender perspective as well as the childhood perspective (best interest of the child). This expository and critical legal analysis aims to account for three of the most relevant judgments (two of them related to the maternity supplement *ex art. 60 General Law on Social Security*, the third related to birth leave for single-parent families *ex arts. 177 et seq. General Law on Social Security and 48 Workers' Statute*). It is clear from their conflict that two of them have been issued with private votes and in a scenario of extreme disparity of criteria of the appeal courts that, in certain cases, have gone beyond the interpretative function of the laws to venture into an authentic, and controversial, creative function.

Keywords: gender perspective; best interest of the child; public pensions; Social Security; single-parent families; maternity supplement; government of judges.

Received: 15-03-2023 / Accepted: 15-03-2023 / Published (online preview): 27-03-2023

Citation: Molina Navarrete, C. (2023). The "wobble" of the gender (and children's) perspective in recent case law: can "maternity damage" (even single-parent) be compensated through Social Security without its total judicialisation? On the occasion of Supreme Court Rulings 111/2023, of 8 February, 167/2023, of 27 February, and 169/2023, of 2 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 181-199. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18731>

El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total?

[...] los actos justos [...] cubren lagunas de la ley particular [la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo] y escrita. Porque, efectivamente, lo equitativo parece ser justo, pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Ello sucede, cierto es, en parte con la voluntad y, en parte, contra la voluntad de los legisladores [...].

Aristóteles (*Retórica*)

Contra esta falacia [realista] que equipara el derecho y el hecho [«principio de efectividad»] debemos recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica internacional que estaba presente en Francisco de Vitoria y en Kant. En un doble sentido: rehabilitando su función creativa y al mismo tiempo «tomando en serio» el derecho. [Los] Estados que se hallen en contradicción con él no suponen «desmentidos» a su existencia, como a menudo lamentan juristas y politólogos realistas, sino más bien «violaciones» cuya ilegitimidad debe ser obligatoriamente denunciada. [...]. En otras palabras, gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial.

L. Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*)

1. Marcos normativos: el ambiguo imperativo internacional de diligencia debida de género y de infancia en la producción e interpretación de las leyes

El carácter evolutivo, legal y culturalmente, del derecho en general (*Sentencia del Tribunal Constitucional –TC– 198/2012, de 6 de noviembre*), y de la «rama social del derecho» (*art. 1 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–*) en particular, ha supuesto que, junto al persistente dominio de los cuatro grandes cánones clásicos de la interpretación (literal, sistemático, realista y teleológico) ex *artículo 1 del Código Civil* (CC), se hayan ido abriendo camino, no de forma pacífica, ni lineal, otros más recientes. Por lo que ahora aquí interesa, hay que destacar dos.

En primer lugar, la «perspectiva de género», que ha conocido un notable auge desde inicios de esta década, primero en los tribunales superiores de justicia, después en el seno

de la jurisprudencia social (también en la penal, pero aquí con mayor ambivalencia aplicativa y resistencias culturales más señaladas). En segundo lugar, y no desconectado de ella, pero con una dimensión específica y más amplia, la «perspectiva de infancia», esto es, la proyección transversal al juzgar en el orden social del principio de «interés superior de la persona menor» (principio que sigue formulándose al margen del lenguaje inclusivo de género, pero no hay que resignarse a que eso pueda cambiar como debe y nosotros así lo hacemos). Nuevos cánones hermenéuticos transversales y obligatorios, no opcionales, que se reflejarían en todos los ámbitos de esa «rama social del derecho», también, en consecuencia, y con una creciente intensidad en el ámbito del derecho de la Seguridad Social (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023), que es el seleccionado para esta glosa de análisis y crítica jurisprudencial.

Conviene insistir en que estos cánones innovadores de enjuiciamiento no son ni un modismo hermenéutico, fruto del esnobismo cultural, ni una mera opción de la política jurisdiccional del derecho, según la inclinación respecto de la eterna dialéctica entre la función de progreso y la función conservadora en la interpretación de las leyes (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 18 de mayo de 1933), sino sendos mandatos legales, por lo tanto, inesquivables en toda decisión, tanto de política legislativa como jurisdiccional. Recuérdese, para la perspectiva de género, el [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH). Y para la perspectiva de infancia, inequívoco y contundente es el [artículo 2.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero](#), de protección jurídica del menor, reforzado en todas sus sucesivas modificaciones, cada vez más frecuentes (por ejemplo, [LO 8/2015, de 22 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

Una y otra perspectiva, en su dimensión de expresión de la tutela de la diversidad en igualdad, así como de la prohibición de disposiciones y actos, públicos y privados, discriminatorios, no solo se habrían reforzado, sino que se han ampliado en leyes aún más recientes, por explorar en el ámbito sociolaboral, como el [artículo 4.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación. A su tenor: «El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará [de oficio] con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Esta firmeza normativa patria del reconocimiento y garantía de las perspectivas, de género e infancia (y no discriminación efectiva, real, de resultado, en general), fuera parte de sus desmentidos, lagunas, paradojas y contradicciones (vicios) en el plano real, no es tampoco una decisión nacional que queda sola. Responde claramente al reforzado compromiso del Estado español con las normas y estándares internacionales. En ellos se halla una fuerte condicionalidad multinivel que alienta la puesta en práctica efectiva de ambas perspectivas de enjuiciamiento social y de los principios jurídicos subyacentes. Consecuentemente, dada su prevalencia (arts. 30 y 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales), penetran con una creciente intensidad de principios y

valores de carácter sustancial en la racionalidad formal de los procesos de producción normativa, en el momento legal, sí, pero igualmente en el de interpretación de las leyes y del derecho, también en el de la Seguridad Social, como es obvio, máxime teniendo en cuenta la finalidad de esta de atender adecuadamente las varias situaciones de necesidad social que cubre (por ejemplo, [STS 106/2023, de 7 de febrero](#) –que promueve lectura material de las normas reguladoras de las pensiones no contributivas para garantizar una protección mínima suficiente–).

No se trata solo de objetivos programáticos. Como, por ejemplo, el –ahora tan invocado, tanto como incumplido– [objetivo 5](#) de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas. En su virtud, la igualdad entre las mujeres y los hombres no se configura solo como un derecho humano fundamental, sino también como un pilar inexorable para reconstruir un mundo mucho más próspero, equitativo y sostenible. A tal fin, se necesitarán nuevos marcos legislativos, erradicando las prácticas nocivas que siguen perpetuando y alimentando las brechas de género, en el mundo del trabajo y en el de la Seguridad Social. Pero para que tengan credibilidad, también se precisa una aplicación jurisdiccional acorde con ese objetivo, en aras de lograr resultados efectivos, reales. De ahí que requiera de principios y reglas vinculantes para ganar efectividad y, por lo tanto, ser «tomadas en serio» (Dworkin).

Sería el caso, de un lado, del «principio jurídico-internacional de diligencia debida en clave de género», cuya principal construcción, a nuestros efectos, la encontraremos en el marco de la doctrina hermenéutica (interpretativa y aplicativa) de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (Convención CEDAW), que ha venido estableciendo el Comité CEDAW ([Recomendación general 16 sobre igualdad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#)). Este exige garantizar y promover la igualdad de resultado a todos los poderes públicos, incluidos los tribunales (función correctora de los prejuicios y perjuicios de género subyacentes en las leyes). De otro lado, el principio del interés superior de la persona menor (por ejemplo, art. 24.2 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–; [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– de 18 de mayo de 2021, caso Valdis Fjólnisdóttir y otros c. Islandia](#)), principio general de civilización humana, que no sería solo un criterio interpretativo, sino también fuente creadora de derechos de garantía (vínculos normativos adecuados para la efectividad a los derechos subjetivos) para la mejor protección (razonable) posible para las personas menores ([Convención sobre los derechos del niño](#) –art. 3–; [Convención CEDAW](#) –arts. 5 y 16–; entre otros muchos).

Ahora bien, como ya se reflejó en el [editorial de este monográfico](#), que no haya ninguna duda en la firmeza del reconocimiento y garantía de estos principios en el actual sistema multinivel de protección de los derechos sociales no significa que sea fácil fijar su contenido concreto. Más bien sucede todo lo contrario, como evidencian numerosos litigios abiertos en nuestra experiencia al respecto. Pongamos algunos ejemplos, aunque sea en forma enunciativa, para verificarlo, antes de analizar las sentencias aquí comentadas.

Para el principio de diligencia debida para la garantía y promoción de la igualdad de resultados entre géneros en las relaciones de trabajo (y, por lo tanto, de una manera derivada, en las relaciones de Seguridad social), de gran interés es traer a colación la [STS 270/2022, de 29 de marzo](#). Esta sentencia no observó tacha en el derogado despido por absentismo desde el juicio de convencionalidad, afirmando su conformidad con las normas internacionales (sistema multinivel de protección). En cambio, la derogación de aquella causa de despido, anticipada en suplicación, se debió a la imputada violación de esas mismas normas internacionales, incluida la perspectiva de género ([Convención CEDAW](#)). Asimismo, de la especial dificultad para identificar un contenido y una valoración concretos del principio de diligencia debida en perspectiva de género, daría cuenta el que, partiendo de los mismos presupuestos y principios internacionales en el plano del discurso normativo, el voto mayoritario emitido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Canarias/Las Palmas 105/2023, de 24 de enero](#)), negará toda ampliación del permiso de nacimiento a las familias monoparentales encabezadas por mujeres (4 integrantes del tribunal), mientras que el voto minoritario (2 integrantes) reconocerá tal derecho. Volveremos sobre este tema.

En el plano de la valoración concreta u operativa del principio de protección del interés superior de la persona menor reseñamos la [STS, Sala 1.ª, 277/2022, de 31 de marzo](#). Dictada en Pleno y sin votos particulares, consolida su criterio contrario a la maternidad subrogada, fijado en el precedente de 2013, si bien dictado en este caso con una mayoría de 5 a 4. Para la Sala Civil, con la solución adoptada, que abre la filiación adoptiva, no la biológica de la madre subrogante, lejos de orillarse el interés superior de la persona menor, se protegería mejor, con su «valoración en concreto», como exige el TEDH:

[...] pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales [...] dignos de protección, como son los [...] de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución [...] tratados como simples mercancías [...] (FJ 4.º 14).

¿Contundente y convincente? A mi juicio, sí. Pero no le parece lo mismo a la Sala Social del TS que, superada una inicial y tímida crítica jurídica interna ([STS 881/2016, de 25 de octubre](#)), no ha tenido reparo en reconocer/crear la protección por «maternidad subrogada» en aras del «interés superior del menor» (últimamente, si bien en este caso media adopción por la cónyuge del padre biológico y madre subrogada, [STS 997/2022, de 21 de diciembre](#)). En suma, lo que para la Sala Civil es una gravísima violación de derechos fundamentales, para la Sala Social es inocua a efectos de prestaciones¹.

¹ Concluye que «procede la suspensión del contrato de trabajo y prestación de maternidad [...] sin que tenga relevancia alguna que [...] nos encontremos ante un supuesto de maternidad subrogada».

2. Relatos de hechos y términos de los debates en la suplicación recurrida: unos escenarios con exceso de disparidad de criterios de «jurisprudencia menor»

2.1. Hechos y doctrina de suplicación en la STS 111/2023, de 8 de febrero: lectura alternativa del hecho causante del «complemento de maternidad»

Una mujer, afiliada en el régimen general de la Seguridad Social, profesora de enseñanzas secundarias, inició un proceso de incapacidad temporal (IT) derivado de un accidente de trabajo, extinguiéndose dicho proceso el 5 de diciembre de 2015 (expediente). Pocos días después, el 10 de diciembre de 2015, presentó en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) solicitud de incapacidad permanente (IP), que le fue inicialmente denegada (7 de marzo de 2016), obteniendo en vía judicial la IP cualificada derivada de accidente de trabajo con efectos desde la valoración del Equipo de Valoración de Incapacidades. El 23 de marzo de 2017, solicitó el complemento de maternidad por aportación demográfica en varias ocasiones (10 %), todas ellas denegadas al entender el INSS que este complemento se reconoce tan solo a pensiones «cuyo hecho causante jurídico es a partir del año 2016, considerando que el hecho causante jurídico de la pensión de la actora es el 5 de diciembre de 2015».

La inicial demanda contra esta resolución fue desestimada en la instancia social, pero en el recurso de suplicación social vería estimada su pretensión ([STSJ de Canarias/Las Palmas 1035/2019, de 30 de septiembre](#)). Dos son básicamente las razones jurídicas que sustentan este fallo revocatorio. De un lado, propone una interpretación sistemática y finalista alternativa a la literal de la [disposición final única de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) (el complemento por maternidad será de aplicación «a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016»). Su sentido es el de fijar una excepción al régimen del [apartado 6 del artículo 60 de la LGSS](#), únicamente en relación con la entrada en vigor de la ley. En consecuencia, la fecha del hecho causante será la del reconocimiento de la pensión que da lugar al complemento, claramente posterior al 1 de enero de 2016.

De otro, el clásico principio «pro persona» beneficiaria de la pensión, en la medida en que, ante la posibilidad razonable de dos interpretaciones distintas y alternativas, se ha de elegir la que más beneficie a la persona beneficiaria. A su entender, la voluntad de la ley, reflejada en el artículo 174, párrafo quinto (fija la fecha de efectos de la prestación en la de emisión de la resolución que la reconoce, salvo que su importe sea superior al del subsidio por IT previo, supuesto en que se retrotraen sus efectos a la fecha de extinción de la IT), sería la de mejorar la prestación por IP en la forma señalada. Por tanto, avalaría una interpretación de la disposición final única en el sentido expuesto de conceder el complemento a la fecha de su reconocimiento.

2.2. Relato fáctico y doctrina de suplicación recurrida en la STS 167/2023, de 27 de febrero: para el complemento también computa quien nace muerto

Una mujer, en este caso jubilada y con complemento de maternidad del 10 % (nacimiento de 3 hijos/as), solicitó un incremento hasta el 15 %. Alegó que tuvo otro descendiente, que nació muerto. Denegado por el INSS y desestimada la demanda en instancia social, en suplicación (TSJ de Cantabria) se reconoce su derecho a incrementar el complemento.

2.3. Hechos y doctrina de suplicación en la STS 169/2023, de 2 de marzo: la «madre» monoparental puede acumular el permiso como si hubiese «padre»

De nuevo, otra mujer, ahora titular de una familia monoparental y con suspensión de su contrato de trabajo por disfrutar de una prestación por nacimiento, reclama que se le reconozcan, además, las semanas atribuidas al permiso de nacimiento que hubiera podido corresponder en caso de ser biparental, y existir padre («el otro» progenitor). La entidad gestora lo rechaza por no tener cobertura en ninguna situación protegida ex [artículos 177 a 180 de la LGSS](#) de conformidad con los artículos [183](#) y [318](#) del mismo cuerpo legal. Interpuesta la reclamación previa legalmente prevista y presentada, tras su rechazo, demanda judicial, la instancia social la desestimó. En cambio, el recurso de suplicación revocaría el fallo de instancia y reconocería el permiso de nacimiento ampliado pretendido. La doctrina de suplicación sentada por el TSJ del País Vasco se centró en la aplicación expresa de la doble perspectiva de género y de infancia, en la medida en que, de no reconocerse este derecho por duplicado, se incurriría tanto en una (pretendida) discriminación indirecta por razón de sexo, dado que son las mujeres las prevalentes en este tipo de familias, como en una discriminación de las personas nacidas en familias monoparentales, pues tendrían menos tiempo de cuidado que las nacidas en familias biparentales.

3. Los criterios de unificación: síntesis de los razonamientos para los fallos y, en su caso, votos particulares

3.1. El canon de género no puede corregir la fecha legal del hecho causante del artículo 60 de la LGSS identificándola con la del reconocimiento de la IP

Recurrida la [STSJ de Canarias/Las Palmas 1035/2019, de 30 de septiembre](#), en unificación de doctrina, por parte de la mutua e invocada de contraste la [STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018 \(rec. 1155/2017\)](#), la [STS 111/2023, de 8 de febrero](#), estimará el recurso

y revocará la de suplicación canaria. A su juicio, no habría una base legal suficiente para entender que la expresión legal pensiones «que se causen a partir de 1 de enero de 2016» pueda equipararse a «prestaciones reconocidas» (FJ 3.º 5). La clara, a su juicio –ya veremos que, en mi opinión, yerra– dicción literal del texto (prevalencia del sentido literal de la palabra de ley) hace inequívoco el sentido de la previsión legislativa.

Por lo tanto, no cabría proponer una lectura alternativa de la norma legislativa, tampoco de la reglamentaria de desarrollo, ni atendiendo al fin perseguido, que sería el fijar el hecho causante en el preciso momento indicado, sin excepción alguna, ni al principio de favor hacia la persona beneficiaria, porque no hay duda interpretativa que abra una opción para el juicio interpretativo, ni tampoco a la perspectiva de género. En última instancia, dado el margen de libertad de decisión de la ley, esta pudo situar el hecho causante en el momento de reconocimiento de la pensión base que da lugar al complemento ex artículo 60 de la LGSS, pero no lo hizo así, sino que su voluntad fue la de usar «la expresión pensiones que se causen a partir de 1 de enero de 2016». Más aún. Esa voluntad permanecería, porque el Real Decreto-Ley 3/2021 «no modificó la disposición final única» de la LGSS. En suma, ha de estarse, también en clave sistemática, a la letra de la [disposición final única.2 de la LGSS](#) según el [artículo 13.2 de la Orden ministerial de 18 de enero de 1996](#).

3.2. El complemento de maternidad presupone el nacimiento con vida por exigirle su fin, sin ser de aplicación el canon de género. Voto particular

Recurrida en casación unificadora, por el INSS, la doctrina del TSJ de Cantabria que ha venido reconociendo el complemento por maternidad, en la versión del artículo 60 de la LGSS, también por las personas descendientes nacidas muertas, la citada [STS 167/2023, de 27 de febrero](#), lo estimará, considerando que se exige la condición de nacimiento con vida. Y ello por así exigirle una interpretación teleológica, pues en el caso de nacimiento sin vida no se cumpliría la finalidad perseguida de premiar la aportación demográfica ni la de compensar el trabajo de cuidar. Asumido el informe del Ministerio Fiscal, el TS, en su voto mayoritario, recuerda que el complemento por maternidad no persigue el objetivo de proteger la gestación, sino el de compensar la aportación demográfica derivada de la natalidad en los términos analizados. Asimismo, como en el caso anterior, el TS, sobre la base del criterio histórico-legislativo ex [artículo 3.1 del CC](#), relativo a la evolución legislativa de la institución interpretada, reafirmará su criterio apelando a la vigente regulación. En ella no solo se exige expresamente la condición de nacimiento con vida, sino que, como prueba de la centralidad del objetivo de compensar el perjuicio derivado del trabajo de cuidar, se prevé el rechazo a reconocer el complemento de reducción de brecha de género a quien –padre o madre– sea privado de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o a quien haya sido condenado por violencia filial.

Precisamente, teniendo en cuenta que la [versión precedente del artículo 60 de la LGSS](#) ha de aplicarse por igual a mujeres y hombres, carecería de sentido invocar la perspectiva

de género, pues la interpretación beneficia, o perjudica, por igual a unas y otros. No opina así, en cambio, el voto particular formulado por la presidenta en funciones de la Sala 4.^a del TS, que defiende que, en este supuesto, al ser pretendido por una mujer el complemento, sí se debía conceder. A su juicio, el canon hermenéutico o la perspectiva de género refuerza esta conclusión y no habría ninguna razón jurídica para apartarse de la doctrina jurisprudencial de la propia sala, atendiendo las circunstancias del caso, y las desventajas o perjuicios derivados de la maternidad.

3.3. Ni discrimina ni vulnera el interés superior de la persona menor denegar a la madre monoparental el permiso del padre, opción legal, no jurisdiccional

En el recurso del Ministerio Fiscal, por la vía casacional específica del [artículo 219.3 de la LRJS](#), contra la doctrina de suplicación del País Vasco, en el caso [STSJ del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre](#), la [STS 169/2023, de 2 de marzo](#), volverá a dictar un fallo estimatorio del recurso. En consecuencia, considera legítimo denegar el derecho de las mujeres (madres) que encabezan unidades familiares monoparentales (originarias o sobrevenidas) a acumular el permiso que, por nacimiento, hubiera correspondido al padre (el otro progenitor) de haber existido, como si de una pareja biparental se tratara. Ninguna norma nacional ni internacional, relativa a la prohibición de discriminación y a la protección de infancia, exigiría reconocer, por vía interpretativa, un derecho prestacional, que actuaría como auténtica acción positiva, no como corrección de prejuicios o estereotipos de género de las leyes, exigible [ex artículo 4 de la LOIEMH](#) en relación con los [artículos 14 y 9.2](#) de la Constitución española (CE), correspondiendo su reconocimiento a una opción de política legislativa del derecho de Seguridad Social.

Tampoco la [Directiva 2019/1158, de 20 de junio](#), relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, permitiría alcanzar otra conclusión. Al respecto, recuerda que la legislación española no es ajena en modo alguno a sus dictados, pues la reforma operada por el [Real Decreto-Ley 6/2019](#) supondría, en buena medida, un anticipo de la regulación comunitaria. Así:

[...] nuestra legislación es expresión de una voluntad normativa tendente al cumplimiento estricto y completo [...], adelantándose [...] a las previsiones contenidas en la Directiva de la UE 2019/1158 y resulta ser perfectamente compatible con las exigencias que derivan del resto de la normativa internacional [...].

Por supuesto, tampoco aquí la sala va a renunciar al criterio del historial legal, en virtud del referido criterio interpretativo de los «antecedentes históricos y legales». Al respecto, recurrirá a los antecedentes legislativos y recuerda que, en fechas recientes, el Parlamento español habría rechazado varias iniciativas en tal sentido. Así, desestimó una proposición no de

ley que propugnaba la ampliación en el caso de familias monoparentales. El Senado excluyó por abrumadora mayoría una enmienda del mismo tenor, modificativa del [artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), al proyecto de ley de modificación de la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo (hoy [LO 1/2023, de 28 de febrero](#)).

En suma, el hecho de reconocer a la mujer trabajadora que encabeza una familia monoparental un solo permiso, como en el caso de las mujeres trabajadoras que forman una familia biparental, ni constituye una discriminación indirecta por razón de género ni vulnera el derecho al cuidado de la persona menor descendiente. En cambio –introduce aquí argumentos ya claramente más de política jurisdiccional del derecho que de técnica normativa–, considerar lo contrario, reconocer ese derecho acumulado o duplicado, no solo supondría ejercer una función de suplencia legislativa por parte de la jurisdicción a la hora de conformar el sistema de prestaciones de Seguridad Social, creando una nueva por vía interpretativa, sino que crearía en la gestión contractual de la empresa notables distorsiones, pues exigiría aumentar el tiempo de suspensión contractual, con el coste que para las empresas ello supone, económico y/o de organización. En síntesis, no se está ante ninguna discriminación, ni de género ni de infancia, sino ante «un [...] déficit de protección concreto consentido y querido por el legislador».

El voto particular no considerará, en cambio, que el vicio jurídico sea de pura laguna, incluso de un silencio elocuente, sino de auténtica antinomia jurídica, que debe ser necesariamente corregida en vía jurisdiccional. Desde la perspectiva de infancia, el voto minoritario reprocha al mayoritario que no realice una interpretación correctora-integradora de los [artículos 177 y siguientes de la LGSS](#), y [48.4 del ET](#) a la luz de los [artículos 39 de la CE](#), [24.2 de la CDFUE](#), [3.1 de la Convención sobre los derechos del niño](#), [artículo 2 de la Ley orgánica 1/1996](#), así como de la [Directiva 2019/1158](#). Inequívoco sería el preámbulo de la [Ley orgánica 8/2015](#), que recuerda cómo el principio interpretativo del interés superior de la persona menor exige, si hay dos, «optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor». En lo que concierne a la perspectiva de género, el reproche es mayor, porque reprueba al voto mayoritario –parece excesivo– que ni justifique ni razone por qué «en el presente caso se aparta de la doctrina [función integradora] establecida por nuestra [...] Sala IV».

4. Trascendencia de los criterios más allá de los casos: ¿relativización operativa en extremo prudente o debida de las perspectivas de género y de infancia?

4.1. ¿«*In claris non fit interpretatio*»? : principio de favor y canon de género en el hecho causante del complemento de reducción de la brecha

De las tres sentencias, que, como se ha visto, presentan más de un punto en común para la teoría y la interpretación del derecho de la Seguridad Social en clave de género, la

primera, la [STS 111/2023, de 8 de febrero](#), ha pasado desapercibida, para la prensa y para la comunidad científica jurídico-social, acaso por la inexistencia de crítica interna (se dicta sin voto particular) y lo contundente de su posición interpretativa. Ante el tenor tan claramente establecido –a su entender, ciertamente cualificado institucionalmente, aun no exento de crítica científica– en la [disposición final única de la LGSS](#) y en la norma reglamentaria ([art. 13.2 Orden de 18 de enero de 1996](#)), no cabría interpretación alternativa correctora o superadora, ni acudiendo a una lectura finalista-sistemática ni en virtud de criterios axiológicos específicos del sistema (principio de favor para la persona beneficiaria), como propone la doctrina de duplicación social recurrida. Pero tampoco invocando «la parte recurrida [...] a la perspectiva de género».

¿Tan voluntaristas y descaminadas resultan ambas posiciones interpretativas, la imparcial y cualificada del tribunal de duplicación, al proponer una lectura correctora en clave finalista y de principios sustantivos, por encima de la letra, sin necesidad de apelar en este caso al canon de género y la, ciertamente, interesada de parte recurrente en casación, que sí lo hizo? A mi juicio, no. En relación con la interpretación de la sala social canaria, una simple comparación del afanoso esfuerzo de razonamiento realizado por aquella, para alcanzar su solución correctora, con el realizado, bastante más reducido, por la sala de duplicación evidenciará lo discutible de su doctrina jurisprudencial. El TS se ha limitado a una interpretación literal, sin mayor despliegue argumental, apelando, para reforzar su comprensión de la disposición final única, a una norma reglamentaria, que no deja de arrastrar el peso de una tradición siempre adaptada al tiempo actual.

Pero, de este modo, vuelve a incurrir en una falacia interpretativa, la derivada del viejo, y superado, aforismo subyacente a esa lectura: «*in claris non fit interpretatio*», máxima de un tiempo jurídico en el que dominaba una visión de positivismo formalista en la comprensión de las leyes. Aunque a veces se confunde con un principio general, es la máxima estereotipada de una regla escolástica que, en el fondo, incurre en una tautología: la regla práctica resultaría de un juicio apriorístico basado en la letra de la ley en vez de constituir el resultado del proceso interpretativo o hermenéutico propiamente, en el que tengan la debida cabida todos los criterios hermenéuticos, que son obligatorios, tanto los del [artículo 3 del CC](#) como el del [artículo 4 de la LOIEMH](#) (género). En suma, para el TS no cabe realmente interpretación alguna de la ley, sobre todo del reglamento, sino su mera aplicación al hecho litigioso (método formal de la subsunción del caso en la norma), sin más. De lo contrario, el tribunal estaría extralimitándose al alterar su sentido racional y literal, en perjuicio del sistema prestacional (entidad gestora, aquí) y a favor, indebidamente, de la persona beneficiaria (por ejemplo, en el ámbito contencioso, la STS, Sala 3.^a, 1000/2018, de 13 de junio).

Es decir, la sala da como resultado interpretativo el tenor literal del precepto sin preguntarse si esa es realmente la única lectura, tras aplicar los criterios hermenéuticos, que descarta, circularmente, porque no habría nada que interpretar realmente ante una dicción literal tan «claramente» formulada. Justamente, la sala canaria, después de un muy exhaustivo y riguroso repaso tanto del marco normativo como jurisprudencial, así como de doctrina

judicial de suplicación, entiende que de una interpretación sistemática (contexto al que se refiere el [art. 3 CC](#)) de los preceptos que regulan el complemento por maternidad ([art. 60.1 LGSS](#) y [disp. final única](#) de la misma) «permiten alcanzar otra solución». Y es que, en el fondo, interpretar que la [disposición final única](#) dice exactamente lo mismo que el [artículo 60.1 de la LGSS](#) reduciría al absurdo la disposición extravagante final, por lo que debe tener otro sentido, según la sala:

[...] desde esta perspectiva carece de sentido la referencia de la disposición final única a la entrada en vigor del complemento discutido, salvo que la finalidad del legislador no hubiere sido insistir en lo que resulta del art. 60.6 LGSS respecto a su régimen jurídico, sino excepcionar el mismo únicamente en relación con la entrada en vigor de la ley, a efectos de poder aplicar la normativa que lo reconoce, en supuestos como el de autos.

Precisamente, es una regla de coherencia interpretativa la que exige favorecer una lectura que haga efectiva la finalidad de la norma, que debe ser facilitar el acceso a quien está en la situación protegida, en detrimento de la que reduce su campo aplicativo y prima, pues, la racionalidad económica. Por tanto, debería elegirse, cuando cabe más de una posibilidad, la interpretación que propicia «promover el reconocimiento del complemento desde la misma fecha de entrada en vigor de la ley en 2016». El criterio de la finalidad reforzaría, pues, el de sistematicidad. Como razona con precisión y rigor, a mi juicio, la sala canaria, la actual regulación de la pensión de IP responde a un objetivo de protección efectiva de la persona beneficiaria de la IP. Así, el [artículo 174 de la LGSS, párrafo quinto](#) (FJ 2.º [STSJ de Canarias/Las Palmas casada](#)):

[...] fija la fecha de efectos de la prestación en la de emisión de la resolución que la reconoce, salvo que su importe sea superior al del subsidio por IT [...]. En caso contrario se mantiene el devengo del subsidio hasta la fecha de la resolución reconociendo la invalidez. La voluntad [legal] de mejorar la prestación por incapacidad permanente en la forma señalada es favorable a la interpretación de la disposición final única, en el sentido de otorgar el complemento a la fecha de su reconocimiento.

Y, en todo caso, si existe duda –que existe–, habría que acudir al principio de justicia material, consistente en el favor hacia la persona beneficiaria (SSTS de [14 de septiembre de 2016, rec. 1990/2015](#), o de [28 de febrero de 2019, rec. 266/2017](#)).

En suma, a diferencia de lo que entiende el TS, una interpretación sistemática, e incluso de lógica racional, permite dudar de cuál es el sentido real de la norma, máxime teniendo en cuenta que parece poco razonable privar a una mujer del complemento de maternidad cuando, en realidad, ha accedido a la pensión básica que lo permite después del 1 de enero de 2016. La cuidada argumentación de la sala canaria merecía, al menos, el beneficio de la duda. Sobre todo tratándose de mujer y apelar al [nuevo artículo 60 de la LGSS](#).

En efecto, aquí emerge el segundo yerro de la sentencia comentada, siempre con el debido respeto y, a mi entender, en estricto ejercicio de la función de crítica científica jurídico-social. El TS parece agotar el valor del canon de la perspectiva de género a la existencia de una duda interpretativa, de modo que, no habiendo duda, no habría lugar a interpretación integradora-correctora alguna. Pero, como es evidente, esa visión tan reductiva es contraria al [artículo 4 de la LOIEMH](#), en la medida en que el canon de género no solo interviene *a posteriori*, tras los demás criterios hermenéuticos y a resultados de no lograr la ansiada interpretación única e inequívoca, sino que debe presidir incluso la aplicación de los criterios del [artículo 3 del CC](#) (en este sentido, [STS 576/2022, de 23 de junio](#) –que integra el claro tenor omisivo del [art. 235 LGSS](#) e incluye, a los efectos de tener en cuenta el beneficio de los días cuota por parto, el subsidio de personas mayores de 55 años–).

Cierto, que sea una mujer la que solicita el complemento no significa de manera necesaria que concurra esta necesidad de interpretación integradora de género, porque es posible que, en el caso, no concurra esa dimensión. Y así sucedería, sin duda, respecto de la versión del [artículo 60 de la LGSS anterior a su reforma el año 2021](#), esto es, en su formato –todo un dislate y caótico– de «complemento de maternidad», porque, tras ser declarado disconforme al derecho de la Unión Europea (no al marco constitucional), se reconocería por igual a mujeres y hombres. Como, por cierto, para otro aspecto de este régimen jurídico (el no cómputo de quienes nacen sin vida), ha entendido la [STS 167/2023, de 27 de febrero](#). Precisamente, en algún otro relativamente reciente supuesto (ya [analizado en un número anterior de esta revista](#)), el de la [STS 794/2022, de 4 de octubre](#), donde tuvo lugar un debate jurídico relativo a la fijación del hecho causante del complemento, en el caso también de una mujer que tenía reconocida la IP total (desde el 16 de marzo de 2015), y que luego obtuvo, tras la revisión por agravación ([art. 200.2 LGSS](#)), el grado de invalidez (posterior a 1 de enero de 2016), el voto particular que la acompaña, favorable a su concesión, negada por el mayoritario, no apeló a la perspectiva de género. La discrepancia se situó, jurídicamente, en la autonomía conceptual de ambos grados y a un cierto enfoque de los derechos de justicia material, aunque no se explicite así.

Ahora bien, si esta omisión o descarte de la perspectiva de género tiene razón de ser en la versión precedente, que es la aplicable al asunto aquí analizado, cambia de forma radical en la nueva versión, en la que sí tiene reflejo normativo esa perspectiva, sea en un plano normativo, sea en un plano práctico. En el primero, porque, al situar el presupuesto de la protección en el perjuicio profesional y social derivado de la condición biológica de maternidad (estereotipos de género), queda claro que la ley establece una clara preferencia por las mujeres, aunque no se descarte al varón. En el segundo, porque, verificando en la práctica esa preferencia normativa, se comprueba que el 90 % de beneficiarias son mujeres ([Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023, p. 60](#)). Algo que suscita ya suspicacias judiciales, considerando que la nueva versión es material, no formalmente, tan discriminatoria como la primera (por ejemplo, [STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 2022, rec. 1098/2022](#)). Por tanto, sin poder ir más allá en este sugerente tema, parece claro que sí tiene una dimensión de género cómo se entienda el hecho causante para la nueva versión. Aunque no

sea aplicable por razones temporales, la sala pudo advertirlo, al igual que acudió a la nueva regulación para reforzar su argumento literal-formalista.

Por supuesto, no desconozco que esta prevalencia normativa y real femenina, en el ámbito de las titularidades del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, pudiera hacer pensar que quien más se perjudica por lecturas estrictas serían los hombres. Pero no podrá negarse que dimensión de género tiene y muy significativa. En todo caso, no deja de ser curioso que el TS haya sido tan generoso con los hombres a la hora de fijar el momento a partir del cual se tiene derecho al complemento, estableciendo la mayor retroactividad posible, si bien el sistema normativo dejaba abiertas diferentes vías, más restrictivas, y muestre, sin embargo, un especial rigor formalista cuando son mujeres las que plantean conflictos interpretativos. Seguramente es pura casualidad o estricto celo en la aplicación de la ley, sin sospecha de favoritismo por razón de sexo. Por cierto, que esa generosidad sigue en la doctrina judicial actual a la hora de fijar el momento de eficacia –excluyente para una gran mayoría de hombres– de la nueva regulación, situándose no en la solicitud a partir del 4 de febrero de 2021, sino con efectos retroactivos desde la fecha de efectos de la prestación base que da lugar al complemento –IP, jubilación, viudedad².

4.2. Nacer con vida, presupuesto del complemento: ¿no tiene género esta regla en la nueva modalidad de reducción de la brecha?

Precisamente, este uso interpretativo fluido e interactivo entre la (muy irracional) regulación legal del viejo complemento y la (más razonable, no perfecta) del nuevo, que tienen finalidades –e incluso regímenes³– diferentes (premio de natalidad –el eufémico fin de la contribución demográfica–; compensación del perjuicio del trabajo de cuidar por las personas que más lo sufren), pese a lo que suele afirmarse, se halla también en la [STS 167/2023, de 27 de febrero](#). Para la Sala 4.^a, que la reforma legal del [artículo 60 de la LGSS](#) prevea la condición de nacimiento con vida de la persona menor para devengar el complemento de reducción de la brecha de género, sería un argumento de refuerzo para sostener la misma regla excluyente en la versión de complemento por maternidad. ¿Tiene consistencia este argumento para alcanzar la conclusión a la que llega la Sala 4.^a?

² «El hecho de que el interesado no solicitase el complemento de maternidad antes del 4 de febrero de 2021, sino después de esa fecha, no priva de efectividad a un derecho que se incorporó a su haber patrimonial con anterioridad y que se rige por la normativa vigente en la fecha de nacimiento del derecho a la prestación sin que tal demora permita aplicar con carácter retroactivo una normativa que define y regula otra de características diferentes» ([STSJ de Madrid 167/2023, de 24 de febrero](#), FJ 2.^o).

³ Enfatiza esa diferencia de regímenes, entre otras muchas, la [STSJ de Madrid 167/2023, de 24 de febrero](#).

A mi juicio, no. Más aún. Este argumento es débil y, en realidad, se le puede volver muy fácilmente del revés: ¿si la nueva norma ha previsto expresamente esa condición de vida, no será que el poder legislativo era consciente de que en la versión anterior bien podría entenderse suficiente con el nacimiento? Una interpretación sistemática avalaría una respuesta positiva. Así, por ejemplo, en otros aspectos, como la inclusión ahora de la modalidad de jubilación anticipada, responde a la decisión deliberada de corregir la precedente exclusión, por lo que la nueva regla no debe usarse para interpretar que era una laguna de la anterior regulación, sino una garantía de mejora. Aunque algún sector minoritario de suplicación ha hecho una aplicación retroactiva, por exigirle el derecho a la no discriminación, pese a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha sentenciado que no lo es ([asunto C-130/20](#)).

Con todo, creo que la posición mayoritaria es aquí sí la correcta respecto de esta cuestión. Para ello, es clave la interpretación finalista. El complemento de maternidad, ahora de vigencia solo transitoria (aunque muy polémica, convirtiéndose en auténticos campos de batalla judicial prácticamente todos los aspectos de su régimen jurídico, lo que amenaza contagio para el nuevo), responde a la vieja (y trasnochada) figura de los premios de natalidad. En consecuencia, no solo requiere nacimiento, sino crianza real.

Que de ello se derive una diferencia de criterio respecto de otras prestaciones en las que el nacimiento sin vida no priva de su devengo (por ejemplo, la de riesgo por embarazo, el permiso por nacimiento, etc.) no supone contradicción jurídica. Las situaciones de necesidad protegidas diversas y, en consecuencia, con distintas finalidades requieren presupuestos diversos. Ahora bien, no debemos dejar de señalar algunas disfunciones, que resultan de aplicación de esta exclusión a ambas modalidades. Enunciemos algunas.

La primera. ¿Si se excluye el complemento, en cualquiera de sus dos versiones, cuando se produce la desgraciadísima situación de nacimiento sin vida en el momento del parto, en la medida en que no se cumple ni la finalidad de premiar la natalidad y crianza (el complemento de maternidad) ni, por tanto, la compensación del perjuicio derivado del trabajo de cuidar a lo largo de la carrera profesional (complemento de reducción de la brecha de género), por qué sí se incluye cuando el fallecimiento se produce pocas horas después del nacimiento, incluso pocos días más tarde? Precisamente, la [STS 135/2023, de 15 de febrero](#), reconoce el complemento en el caso de un nacimiento vivo, pero con fallecimiento pocas horas después del bebé (mejor que «feto», que suelen decir los periódicos). Cierto, atendiendo a una perspectiva estrictamente formal, se constata una diferencia fáctica entre un caso y otro, lo que lleva a la Sala 4.^a a negar contradicción de las sentencias comparadas. Pero, desde una perspectiva material y de elemental juicio de razonabilidad, atendiendo a la finalidad del complemento discutido, no a cuestiones de obstáculo procesal para la unificación ex [artículo 219 de la LRJS](#), ¿alguien piensa seriamente que hay diferencias que justifiquen objetiva y razonablemente la diferencia de trato?

La segunda. Como se ha recordado, el nuevo complemento refleja, tanto en el plano normativo (por ejemplo, el complemento de reducción de la brecha no es dual, sino único,

a diferencia del de maternidad –no querido en el diseño legal, pero deriva lógica del carácter jurisprudencialmente discriminatorio; [STSJ de Cantabria 111/2023, de 24 de febrero](#)–, prefiriéndose, a igualdad de situaciones, la percepción de la mujer) como en el práctico, el favor por la percepción de la mujer. No por arbitrario, a mi juicio, sino por responder a un factor de compensación parcial, y presunta, de los perjuicios derivados del trabajo de cuidar en quienes son socialmente más perjudicadas, las mujeres, sin excluir a los hombres que acrediten tal perjuicio (interrupción en su carrera de cotización en fechas coincidentes con las de nacimiento de sus hijos/as), aunque sea difícil, hay que reconocerlo. Entonces, ¿sigue siendo adecuado excluir una perspectiva de género, como entiende el voto mayoritario, para preservar la finalidad de tan útil herramienta hermenéutica, pues no se benefician del mismo modo un género y otro, como considera el voto minoritario? Mi opinión emerge claramente para quien tenga la amabilidad de leer este análisis, por lo que me permitirán que no sea, en esta ocasión, explícito.

Finalmente. ¿Seguro que la maternidad solo genera perjuicios cuando nace vivo el/la bebé? La realidad nos dice que no, que se produce a menudo incluso antes del propio embarazo. Ahora bien, la corrección –incluso preventiva, desde luego reparadora e integral– no debe venir de la Seguridad Social, sino del derecho del trabajo.

4.3. ¿Quién debe compensar y cómo la mayor vulnerabilidad de las familias monoparentales?: la jurisdicción con una nueva prestación contributiva no

Sin duda, es la [STS 169/2023, de 2 de marzo](#), la que más expectativas levantaba y en la que se vislumbraba un debate jurídico más intenso, e irreconciliable en el seno de la Sala 4.^a, resoluble solo por el mecanismo democrático del voto mayoritario. Naturalmente, será también la que más defraude a los sectores de opinión, jurídica y social, que esperaban de esta sala un ejercicio creativo para reconocer, por vía jurisdiccional, lo que el Parlamento todavía no se ha atrevido a introducir. A los intentos fallidos ya comentados en el epígrafe 3.3, anotados por el voto mayoritario y el minoritario, pero con usos opuestos, claro, en virtud del [artículo 3.1 del CC](#), habría que añadir que, de momento, tampoco se recogería en el anteproyecto de la ley de diversidad familiar.

Pese a ser la que más interés suscita, no será la que merezca nuestra mayor atención en este análisis. Por supuesto, no por desinterés, sino por lo contrario, por no aburrir, en la medida en que esta cuestión está intensamente debatida, bastará con comprobar la infinidad de sentencias de suplicación dictadas en un sentido (a favor de la tesis del cúmulo total) o en otro (a favor de la tesis del incremento 0), o ecléctico (la tesis de la ampliación de solo 10 semanas). También el bamboleo experimentado por más de una sala, que ha pasado del todo a la nada, para situarse en el medio. He de añadir que ya he dedicado una nutrida atención a este argumento, cuando casi todas las posiciones se decantaban por la visión «progresista», la que admitía sin aceptar apenas críticas, de reconocer la duplicación de permisos.

Mi posición anticipaba, en lo sustancial, lo que es el voto mayoritario. Poco más se puede esgrimir, sino es alinearse con un argumento u otro, el mayoritario o el minoritario, y eso ya no añade a la ciencia, sino a la política del derecho. Pero yo ya lo hice con criterio propio, no me merece la pena ahora insistir. Honestamente, no puedo compartir, reconociendo su razonabilidad y su autoridad científica, la posición del voto minoritario. No solo por la maximización que hace de ciertos estándares sociales internacionales, como el interés superior de la persona menor, orillando que el criterio interpretativo debe vincularse a los derechos previstos en la convención, no aislarlo de la misma para crear nuevos. Los tribunales en el orden internacional (por ejemplo, TEDH) no han llegado nunca a tanto. Mi discrepancia viene también porque la preocupación loable del voto por la protección de las personas menores en las familias monoparentales está completamente ausente respecto de las que lo son de familias biparentales y que, por el principio contributivo, no pueden disfrutar de la atención 32 semanas, aun repartida entre padre y madre. El desaguizado creado con este baile de posiciones, donde cada tribunal ha decidido positivar su propia norma, al margen de sus efectos de coherencia, seguridad jurídica, igualdad de trato, racionalidad del entero sistema, se asemeja a un espectáculo dantesco, que el TS ha hecho bien en cerrar o, al menos, atajar.

Con el mismo respeto, personal y científico, no puedo compartir la crítica al voto mayoritario por eventual exceso de prudencia, pues aquí lo que se imponía era justo ese ejercicio de jurisdicción, por las aporías tan significativas que crearía reconocer, por decisión jurisdiccional, una prestación contributiva *ex novo* sin ponderación de criterios y presupuestos, solo con la simple regla de la duración duplicada, sin más. A mi juicio, el voto minoritario, y la legión de sentencias de suplicación que abandera, incurre en una clara confusión de la función de progreso (correctora-integradora) del derecho que exige la perspectiva de género y la de infancia con la de «uso social alternativo» del derecho, deslizando las fronteras, a menudo lábiles y fluidas, líquidas, desde aquella, que es una exigencia derivada de estos cánones hermenéuticos, hacia este, que es un claro vicio de exceso de jurisdicción, de peligroso gobierno de los jueces. Por supuesto, este razonamiento no puede desconocer que las familias monoparentales, con un claro sesgo de género, desde luego de infancia, están sometidas a un plus de vulnerabilidad social y profesional que debe ser compensado jurídicamente, como ya sucede solo de modo parcial (por ejemplo, ingreso mínimo vital). Pero esa necesidad debe atribuirse a quien, en un Estado no solo social sino democrático de derecho, le corresponde: la ley, primero, los servicios públicos sociales, después, y también las empresas, a través, por ejemplo, de una mayor flexibilidad en la aplicación para ellas del [artículo 34.8 del ET](#).

4.4. ¿Y en el futuro inmediato qué?: el principio de progresividad del sistema de Seguridad Social requiere equidad de género, pero asumida pacíficamente

Llegados al final de este análisis, conviene hacer tres reflexiones. Primera, respecto del uso de la jurisprudencia de la perspectiva de género, también de infancia, son más que evidentes las deficiencias aplicativas, cuando transitamos del discurso teórico a su aplicación

concreta, operativa, que siguen marcando el proceso de formación de la jurisprudencia, muy convulsa, discutida y discutible, aquí analizada. La corrección real, efectiva, no puede ser una cuestión solo de sensibilidad hacia estas perspectivas, sino de combinación de una función de progreso en la aplicación de valores y principios y de mucho rigor jurídico, conforme a un coherente garantismo jurídico-social de género (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023, pp. 221 y ss.). Un equilibrio de diligencia debida pendiente, en el TS y en los tribunales de niveles inferiores, también en el TC y en el TJUE.

Segunda. Esa diligencia de género debida incumbe también, y sobre todo, no se olvide, a las leyes y estas parecen decididas, aunque hasta ahora no lo han hecho, pese a la hoja de ruta trazada en la recomendación 17 del Pacto de Toledo, a afrontarlo desde una perspectiva más sistémica. El reciente [Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo](#), pretende dar un nuevo paso adelante en esta dirección. Precisamente, un precepto particularmente afectado por la reforma ha sido el [artículo 60 de la LGSS](#), mejorándose no solo la cuantía, sino también la posibilidad de acceso por hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de la nueva regulación ([disp. trans. cuadragésima cuarta](#)). Incluso se mejora el acceso de los hombres, seguramente a fin de reducir la conflictividad judicial que ya está creando el limitado acceso masculino tras la inicial configuración del complemento de reducción de la brecha de género. Sorprendentemente, la propia exposición de motivos reconoce que existe «discriminación para los hombres» en el nuevo complemento, pese a considerarlo, al tiempo, «acción positiva» para las mujeres. Todo un oxímoron, que traerá cola, sin duda, en los tribunales. En la misma línea de reducir la brecha de género se sitúan las reformas de los [apartados 2 y 3 del artículo 237 de la LGSS](#) (periodo cotizado durante tiempo de excedencia), de la [disposición adicional trigésima séptima](#) y la nueva [disposición transitoria cuadragésima primera](#) (mejora de la técnica de integración de lagunas), todas del mismo texto legal. Si bien siguen quedando muchos temas (asignaturas) pendientes.

Tercera. Ahora bien, y para finalizar, hay algo que convendría también tener muy en cuenta y es la necesidad de una llamada a leyes de calidad de género, sí, pero también a una visión social e institucional, igualmente en sede judicial, más pacífica de estas leyes de acción positiva en el sistema de Seguridad Social. El progreso en igualdad (principio de progresividad del sistema de Seguridad Social ex [art. 12 Carta Social Europea revisada](#), en clave de género y de infancia) no debería convertirse en la actual fuente de continuadas y muy voluminosas «batallas campales» en sede judicial, a modo de sucedáneo del viejo tópico de la «guerra de sexos y/o géneros». Veremos.

Mejoras voluntarias, personal estatutario y competencia de jurisdicción social: ¿el fin de viejas resistencias a su vis atractiva?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 107/2023,**
de 7 de febrero

José María Moreno Pérez

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

Abogado

jomoreno@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8304-4313>

Extracto

El Tribunal Supremo español estima un recurso de casación para la unificación de doctrina y reconoce la competencia de jurisdicción para el orden social, rechazada por la sentencia de suplicación, revocada, a la hora de reclamar, por personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, una mejora voluntaria de la prestación básica por incapacidad temporal. El Tribunal de Casación recuerda que tuvo que rectificar su doctrina previa con la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Palabras clave: competencia de jurisdicción; orden social; mejoras voluntarias de Seguridad Social; premios de jubilación; personal estatutario; Ley reguladora de la jurisdicción social; orden contencioso-administrativo.

Recibido: 14-03-2023 / Aceptado: 14-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 27-03-2023

Cómo citar: Moreno Pérez, J. M. (2023). Mejoras voluntarias, personal estatutario y competencia de jurisdicción social: ¿el fin de viejas resistencias a su vis atractiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2023, de 7 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 200-209. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18717>

Voluntary improvements, statutory personnel and the competence of social jurisdiction: the end of old resistances to their attractive force?

Commentary on Supreme Court Ruling 107/2023,
of 7 February

José María Moreno Pérez

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

Abogado

jomoreno@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8304-4313>

Abstract

The Spanish Supreme Court upholds the appeal for the unification of doctrine. By virtue of it, it recognizes the competence of jurisdiction for the social order, which had been rejected by the Court of Supplication, to claim, by statutory personnel of the National Health System, a voluntary Social Security improvement of the basic benefit for temporary disability. The Court of Cassation recalls that it was forced to rectify its precedents with the Law regulating the social jurisdiction.

Keywords: jurisdictional jurisdiction; social order; voluntary Social Security improvements; retirement awards; statutory personnel; Law regulating the social jurisdiction; contentious-administrative order.

Received: 14-03-2023 / Accepted: 14-03-2023 / Published (online preview): 27-03-2023

Citation: Moreno Pérez, J. M. (2023). Voluntary improvements, statutory personnel and the competence of social jurisdiction: the end of old resistances to their attractive force? Commentary on Supreme Court Ruling 107/2023, of 7 February. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 200-209. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18717>

1. Marco normativo: la inequívoca, aun incompleta, voluntad legal de unificación competencial a favor del orden social

La [Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), impulsó, como una de sus principales novedades, la unificación competencial a favor del orden social en materias laborales (sean individuales, sean colectivas) y de la Seguridad Social. La finalidad de evitar vicios como el «peregrinaje» de jurisdicciones o la diseminación de competencias entre diversos órdenes (civil, social, contencioso) está muy presente. No obstante, es evidente que tan loable objetivo no fue realizado de forma completa ni suficientemente coherente, manteniéndose deficiencias. Estas han seguido alimentando una significativa litigiosidad, incluso allí donde el objetivo de unificación competencial fue pleno, como en la materia relativa a los riesgos laborales [ex artículo 2 e\) de la LRJS](#). Extensa conflictividad producida principalmente no respecto del orden civil, sino en relación con el orden contencioso-administrativo, al crecer notablemente las acciones del personal de empleo público administrativo (funcionario y estatutario) en defensa de su derecho a una protección eficaz de la seguridad y salud laborales, antes de la pandemia (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– [544/2018, de 17 de mayo](#) –niega competencia de jurisdicción para conocer del acoso a una funcionaria–, y [483/2019, de 24 de junio](#) –afirma la competencia respecto de la carrera judicial–), pero desde luego más intensamente en ella (por ejemplo, [STS 217/2021, de 17 de febrero](#) –reafirma la competencia de jurisdicción social, pese a la proliferación de demandas, también aceptadas, en el contencioso–).

Ciertamente, la evolución legal posterior encontraría una «dirección errática», como afirma el profesor Molina Navarrete en el [editorial de este número monográfico](#). En efecto, al tiempo que se ha confirmado esta vis atractiva en ámbitos prestacionales como el del ingreso mínimo vital, en coherencia con la [letra o\) del artículo 2 de la LRJS](#), experimenta otros reveses de gran importancia en materias típicamente laborales y de Seguridad Social como la sucesión de empresa, de modo que, primando el interés del concurso, en este tipo de situaciones la competencia es ahora del juzgado de lo mercantil, tras la última reforma concursal, rectificadora –inicialmente *ultra vires*– de la jurisprudencia social. Curiosamente considerado –irrealistamente– por la Sala de Conflictos del TS que actúa integrado en el orden social, al estar sometido a recurso de suplicación, cuando conoce de las materias laborales. Recurso que no existe en materia de sucesión.

Pero, de hecho, uno de los ámbitos sociolaborales donde hoy sigue resultando más difusa, incluso segregada, por tanto, conflictiva y litigiosa, la cuestión de atribución de la competencia al orden social es para el personal de empleo público administrativo, funcionario

y estatutario. Como es sabido, aquí el problema de la delimitación de fronteras choca con arraigadas reservas mantenidas en el seno del orden contencioso-administrativo al respecto, que se resiste a perder el control del empleo público. La LRJS no ha permanecido ajena a este atavismo, manteniendo algunas salvedades y cautelas (por ejemplo, [inciso final letra n\) art. 2 LRJS](#)) en el proceso, inacabado y deficiente, de transferencia de competencias desde el orden contencioso al social en esta materia.

Sin duda, entre las exclusiones de este tipo más significativas está la cuestión relativa al conocimiento de los acuerdos marco que afectan tanto al personal laboral como al estatutario (por ejemplo, [STS 477/2021, de 5 de mayo](#)), o más recientes, pero de gran relevancia y en ascenso, como la impugnación de resoluciones universitarias relativas a la convocatoria para la evaluación del profesorado universitario laboral, como entendió la [STS 1005/2020, de 17 de noviembre](#). En este supuesto, la razón para rechazar la competencia social, y atribuirla al contencioso, residirá en que, pese a afectar de forma clara al personal laboral, el acto administrativo procede de un ente público distinto y ajeno a la relación laboral. Por supuesto, esta exclusión competencial colectiva no impedirá que el orden social sea competente para examinar esta cuestión retributiva en los litigios individuales que, al respecto del referido complemento, puedan entablar las personas empleadas laborales. Del mismo modo que será el orden social el competente para conocer de cuestiones tales como el reconocimiento y garantía de este tipo de complementos de productividad (por méritos de investigación) al personal docente e investigador (PDI) con contrato laboral temporal de las universidades públicas, en iguales condiciones que el PDI funcional (por ejemplo, [STS 70/2023, de 25 de enero](#)).

Justamente, la LRJS no fue insensible a la necesidad de corregir algunas de estas viejas cortapisas, generadoras de riesgos de discordancia entre órdenes innecesarios. Un claro ejemplo fue el cambio de criterio legal que refleja la letra q) del artículo 2 de la LRJS. Este precepto reconoce la competencia del orden social:

q) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones [...], que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario.

La importante novedad de esta previsión legal puede captarse a través de una doble observación con valor jurídico. La primera, situada en el derecho legislado, procede de la comparación con el precedente de esta norma atributiva de competencia, el artículo 2 c) de la vieja Ley de procedimiento laboral (LPL). En él se acotaba la competencia social:

c) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo.

Como puede verificarse fácilmente, en estos casos, la competencia social se limitaba a las mejoras estrictamente previstas en el ámbito de una relación laboral, no al margen de ella, ni tampoco si se trataba de una relación de empleo público administrativo. Estos colectivos también tienen reconocida la posibilidad de negociar mejoras voluntarias. Así se prevé en el [artículo 37.1 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

En su virtud, son materia de negociación colectiva estatutaria y/o funcionarial todas las cuestiones relativas a «los planes de previsión social complementaria» (letra e), así como los «criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas» (letra g), y los «criterios generales de acción social» (letra i). Unas materias y criterios que, por ser de interés común, suelen establecerse a través de instrumentos de autorregulación normativa igualmente comunes, como prevé el [artículo 36.3 del EBEP](#) («todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública»), previendo, a estos efectos, la constitución de una Mesa General de Negociación en cada uno de los ámbitos correspondientes. Pero el [artículo 3 e\) de la LRJS](#) excluye estas materias del orden social.

La segunda observación se vincula al derecho jurisprudencial y pretende recordar la consolidada doctrina jurisprudencial que, en el marco de la LPL (1990, 1995), se forjó a la hora de interpretar su artículo 2 c) (en relación con los arts. [39](#) y [191 a 194](#) Ley general de la Seguridad Social –1994–). La Sala 4.^a del TS se pronunció en varias ocasiones sobre su competencia en materia de mejoras de Seguridad Social a cargo de las Administraciones públicas, ya se trate de su personal estatutario o funcionarial, ya en beneficio de personas con las que no tenía relación de empleo, pero que resultaban ser beneficiarias con derecho a mejoras prestacionales a cargo de la Administración. Así, por ejemplo, se declaró incompetente en las reclamaciones formuladas por tripulantes en barcos de pesca para obtener el pago de una indemnización prevista, para los casos de accidentes de trabajo en el mar, en un contrato de seguro concertado por la Xunta (por ejemplo, [STS de 1 de julio de 2009, rec. 3171/2008](#), con cita de precedentes). Una declaración de incompetencia de jurisdicción social que también realizaría, ahora en el marco de un procedimiento de conflicto colectivo, la [STS de 5 de junio de 2013 \(rec. 76/2012\)](#).

En esta última sentencia, si bien ya dejó evidenciar algunas de las novedades de la LRJS en esta materia, aún se mantuvo sustancialmente apegada a sus precedentes dictados en el marco de la LPL. Así, de un lado, respecto del [primer inciso de la letra q\) del artículo 2 de la LRJS](#), considera que tan solo «reproduce, sustancialmente –si bien con mayor concreción y amplitud–, el apartado c) del artículo 2 de la derogada LPL» (FJ 3.º, punto 1, letra B). De otro, en relación con la competencia en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional «que pudieran establecerse por las Administraciones

públicas a favor de cualquier beneficiario», sí asume que se trata de una nueva competencia litigiosa del orden social, pero cuando actúa la Administración no como empleadora de cualquier personal a su servicio, sino en su condición de poder público de interés general, título jurídico distinto al de personal (FJ 3.º, punto 1, letra E). De ahí que también rechace la competencia, usando como argumento de refuerzo que se trataba de un conflicto colectivo relativo a cómo se debía interpretar un acuerdo colectivo regulador de una mejora voluntaria para todo el personal de la sanidad pública autonómica afectada, en especial al personal estatutario y funcional, por lo que entraría en juego la exclusión del citado [artículo 3 e\) de la LRJS](#).

Cabe entender, pues, las dudas iniciales, dando lugar a decisiones contradictorias (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Andalucía/Sevilla de 7 de septiembre de 2016, [rec. 2262/2015](#), que, aplicando ambos precedentes citados, incluido el de 2013, niega la competencia de jurisdicción social), alimentando nuevos recursos de casación unificadora. Cinco años después, la [STS 892/2018, de 4 de octubre](#), también dictada en un recurso de casación para la unificación, tendría la oportunidad de fijar una doctrina jurisprudencial más precisa y contundente al respecto, evidenciando la rectificación previa a la entrada en vigor de la LRJS, en la que es manifiesta la voluntad de atribución de competencia de jurisdicción en todos esos casos al orden social. No obstante, como evidencia el supuesto que se comenta aquí, las dudas parecen persistir y, en consecuencia, la necesidad de que el TS reafirme su posición, como así sucederá. Veámoslo.

2. Relato de hechos y términos del debate jurídico previo al casacional

Una persona facultativa (personal sanitario especialista de medicina de familia de atención primaria, en un consultorio del Área de Salud VII-Murcia Este) permaneció en situación de incapacidad temporal por enfermedad común varios meses. En tal situación, presentó una solicitud para que le fuese reconocido el derecho a percibir un complemento salarial que, sumado a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, le permitía alcanzar el 100 % de los conceptos retributivos. La Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud resolvió desestimarla. Recurrida en alzada, también se desestimó. La Administración autonómica le denegó el derecho alegando que no cumplía el requisito exigido por la norma de ingreso hospitalario.

Recurrida ante el juzgado de lo social correspondiente, la sentencia la desestimó, por considerar que concurría la excepción de incompetencia de jurisdicción, en favor de la contencioso-administrativa, siendo confirmada en el nivel de suplicación. Se trataría de una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social que no tendría ni un origen contractual (condición del contrato) ni uno convencional (pactado en convenio o acuerdo colectivo), sino que su fuente se establece directamente en la ley ([disp. adic. segunda](#)

Decreto legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de la Región de Murcia, según redacción dada por el art. 16 Ley 5/2012, de 29 de junio).

Contra la sentencia de suplicación social murciana se interpone un recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la citada [STS 892/2018, de 4 de octubre](#). En este caso, la reclamación fue formulada por un agente de la policía local y la fuente del complemento o mejora voluntaria estaba prevista en el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral de su Ayuntamiento, por lo tanto, en un instrumento de autorregulación conjunta o común para todo su personal empleado.

3. La doctrina jurisprudencial: las mejoras voluntarias reguladas para el personal (estatutario) por el poder público también son competencia social

Realizado y superado con éxito el correspondiente juicio de contradicción ex [artículo 219 de la LRJS](#) (de la comparación de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales –conflictos–, resultarían doctrinas opuestas o incompatibles), la Sala 4.^a estimará el recurso. La sentencia analizada establece como criterio jurisprudencial unificado que el orden social de la jurisdicción es el competente no solo para conocer de la reclamación de una mejora de las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social (RGSS) prevista en un acuerdo firmado por una Administración pública, que afecta al personal laboral y funcionario, y que ha sido formulada a título individual por un funcionario integrado en el RGSS, sino también de la reclamación individual de la mejora voluntaria con fundamento en una disposición legislativa autonómica que le afecta directamente. Que el actual texto de la [letra q\) del artículo 2 de la LRJS](#) especifique que la mejora puede traer su causa de «una decisión unilateral del empresario», no solo del contrato o del convenio, reafirma que el criterio atributivo de competencia social no sería la naturaleza jurídica del instrumento que lo regula, ni tampoco la naturaleza jurídica del vínculo, sino:

- El tipo de complemento económico de que se trata ([letra q\) art. 2 LRJS](#)): una mejora voluntaria de las prestaciones del RGSS en el que el personal público-administrativo está encuadrado, dado que ha de ser competente el orden que debe conocer de la prestación básica.
- El tipo de procedimiento jurisdiccional en la reclamación de tales mejoras ([letra e\) art. 3 LRJS](#)): su carácter individual (competencia del orden social) o colectivo (competencia del orden contencioso la impugnación del contenido de un acuerdo colectivo que regula una mejora voluntaria de Seguridad Social para el personal estatutario de la sanidad pública).

4. La trascendencia de la doctrina jurisprudencial más allá de estos casos: ¿hacia una sola jurisdicción del empleo público en materia de Seguridad Social?

No cabe duda de la gran relevancia de esta decisión jurisprudencial, tanto teórica como práctica. Con esta sentencia, el TS da un paso más en la clarificación de la nueva vis expansiva que asumió, tras la LRJS, el orden social en relación con el empleo público, al margen de cuál sea la naturaleza de su vínculo. Ciertamente, ese avance es (cuasi) pleno en el ámbito de los riesgos laborales, tanto en su dimensión preventiva como, incluso, en la reparadora, de modo que tanto la protección prestacional, a través de la cobertura de Seguridad Social, como la protección indemnizatoria, a través de la responsabilidad de índole civil, caen bajo la jurisdicción social.

En este último caso, la LRJS tuvo como efecto material un claro desplazamiento del tradicional procedimiento, auténtico calvario, de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (arts. 91 y 92 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas; arts. 32 a 35 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y RD 429/1993, de 26 de marzo). Precisamente, si bien la pretensión vendrá formulada por una persona jubilada, la STSJ de Madrid 1118/2022, de 14 de diciembre, ha vuelto a recordar, frente al criterio de la instancia social, que revoca, que cuando se pide una indemnización por vulneración de derechos fundamentales (aquí la prohibición de discriminación por razón de sexo contra el varón al negársele el complemento previsto para la contribución demográfica ex art. 60 Ley general de la Seguridad Social, anterior a la reforma del año 2021) acumulada a la reclamación de la prestación de Seguridad Social ex artículo 140 de la LRJS, que había denegado la entidad gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social), debe conocer el orden jurisdiccional social, no el contencioso, pues no estamos en el campo de la responsabilidad patrimonial. El artículo 140.1 de la LRJS permite ejercitar las acciones de prestaciones de Seguridad Social y de tutela de derechos fundamentales por separado o acumuladamente.

Ahora bien, fuera del ámbito propiamente prestacional, los conflictos y desajustes a la hora de ejercer la jurisdicción respecto a cuestiones materialmente laborales, aunque se ordenen en preceptos de la legislación y autorregulación colectiva de empleo público administrativo, así como de Seguridad Social (cotización y recaudación), están a la orden del día y evidencian la necesidad de ir más allá de la LRJS. A mi juicio, en el ámbito laboral, que una cuestión de jornada (35 horas semanales) para el personal laboral deba conocerse en sede contenciosa, solo porque el acuerdo marco afecta a todo el personal público (laboral, estatutario y funcional), como resolvió la citada STS 477/2021, de 5 de mayo, carece de auténtica coherencia ordinamental. Pero tampoco hallo razón de ser suficiente, en el ámbito de la Seguridad Social, para que persistan excluidas del conocimiento del orden social cuestiones tales como, por ejemplo, la impugnación de las actas de liquidación levantadas por prácticas de falsa contratación autónoma, cuando el procedimiento de oficio a tales fines sí le correspondía al orden social.

Respecto a esta última observación, utilizamos el pasado, porque, tal y como explica el profesor Molina Navarrete en su [editorial](#), el [artículo 148 d\) de la LRJS](#) ha sido derogado por la [disposición final novena de la reciente Ley de empleo](#). Como en él se explica, si ha de valorarse positivamente esta atribución a las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de fuerza ejecutiva directa, con lo que se evitan dilaciones indebidas, con graves perjuicios, para las personas que se ven afectadas y para el interés general, no parece coherente que la impugnación siga siendo competencia contenciosa. Una excepción a la transferencia operada con la LRJS en materia de actos administrativos laborales y de Seguridad Social ex [artículos 151 y siguientes](#).

Consecuentemente, no se desconocen supuestos en este ámbito en los que, con el vigor de la nueva LRJS, el TS alentó una nueva rectificación de su doctrina anterior, como la importante [STS de 22 de julio de 2015 \(rec. 4/2012\)](#). En ella, el TS corrige su tradicional rechazo a conocer de la imposición de una sanción por falta de ingreso de cotizaciones por tratarse de una manifestación de gestión recaudatoria, aceptando ahora la competencia siempre que el acta de infracción no esté directamente vinculada con la de liquidación de cuotas ([art. 3 f\)](#) en relación con el [art. 2 s\)](#) LRJS). Como se puede ver, hay que realizar auténticos «alardes» jurídicos para discernir con precisión la competencia en un orden u otro, con lo que compartimos la propuesta, realizada en el [editorial de este número](#), de considerar que ha llegado la hora de promover una genuina jurisdicción social del empleo público, al margen de la naturaleza del vínculo de empleo (laboral o funcional, incluido el estatutario) y de la fuente reguladora de condiciones y derechos del personal, incluso de la dimensión individual o colectiva del conflicto, en la línea abierta por la prevención de riesgos laborales. Una propuesta de conocimiento y protección integral que debería ser tan plena como en este ámbito para las cuestiones de Seguridad Social, según una línea de política legislativa del derecho recogida de una forma nítida ya en la propia LRJS, pero no culminada o cerrada con la coherencia y con la precisión exigidas.

Exigidas y exigibles con carácter general e, incluso, urgidas en ciertos supuestos, hoy de máxima actualidad y conflictividad, como evidencia la doctrina científica autorizada en esta materia y que las ha analizado con detalle recientemente ([Molina Navarrete, 2022, pp. 273 y ss.](#)). Me refiero al conflicto entre el orden laboral y el orden social que han creado recientes decisiones jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Si bien se trata de cuestiones típicamente de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, comunes para el personal laboral y para el funcional, reconducidas a pura materia retributiva, no solo permiten mantener la competencia contenciosa, sino, de manera más grave, dictar pronunciamientos de fondo que buscan erradicarlas absolutamente de la negociación colectiva en el empleo público-administrativo, sin (poder) cuestionarlas en el ámbito del empleo público laboral, donde son legitimadas por el orden social. Cómo no, me refiero a los denominados «premios de jubilación» (sea cuando se produce una jubilación forzosa, sea en la modalidad anticipada). En este sentido, especial mención ha de merecer la –criticada y criticable– [STS, Sala 3.ª, 250/2023, de 28 de febrero](#), que se limita a reflejar una doctrina consolidada, no ausente de derivas erráticas y elevado casuismo ([Molina Navarrete, 2022, p. 279](#)), ahora proyectada en el ámbito universitario.

En síntesis, de la sentencia se desprende que los premios de jubilación para el personal de empleo público-administrativo en general, y en particular universitario, se fijen en acuerdos conjuntos o separados para todo el personal, según sea laboral o funcional el vínculo de empleo, carecen de base legal como complementos a incluir en la estructura retributiva. Por tanto, rechazada su naturaleza de mejoras retributivas, y afirmada la retributiva, su percepción iría en contra del EBEP (arts. 21 a 23).

El problema, como se recoge en dicha sentencia, es que el orden social tiene una visión radicalmente opuesta sobre esta misma cuestión. La STS 865/2016, de 18 de octubre, afirma su naturaleza de mejoras voluntarias ex artículo 43 de la vigente Ley general de la Seguridad Social. En consecuencia, el personal laboral universitario podrá seguir disfrutándolo. La Sala 3.^a del TS es sabedora y se muestra consciente del agravio que genera esta interpretación, pero la valora como una suerte de «mal sistémico» derivado de la laboralización de parte del empleo público, sin que el principio de igualdad de trato pueda enmendar los desajustes derivados.

Como es lógico, no podemos entrar en profundidad en esta sugerente cuestión (aquí se remite a la doctrina referida). Pero sí nos parece interesante poner de relieve la vía que abre la jurisprudencia aquí comentada para que, al menos en el marco de típicos procedimientos de reclamación individual, pudieran ejercitarse las acciones al respecto en el orden social, en la medida en que, material y formalmente, diga lo que diga la Sala 3.^a del TS, son mejoras voluntarias y la competencia en este caso sería del orden social, no del orden contencioso (limitado, a lo sumo, a la interpretación de los acuerdos que tengan naturaleza conjunta). Veremos qué recorrido puede tener esta vía abierta.

Congruencia de la demanda con la papeleta de conciliación y protección frente al despido de la mujer embarazada: un ejemplo de flexibilización

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1151/2022, de 23 de diciembre**

Margarita Miñarro Yanini

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat Jaume I (Castelló, España)

myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

Extracto

Este diálogo examina la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de diciembre de 2022 (núm. 1151/2022), en relación con la admisibilidad de una pretensión de nulidad del despido basado en un hecho, el embarazo, no alegado en conciliación administrativa previa ni en la demanda inicial, sino solo en el escrito de ampliación de la demanda.

Palabras clave: proceso laboral; conciliación; demanda; momento procesal; alegación; trámite; embarazo.

Recibido: 14-03-2023 / Aceptado: 14-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 23-03-2023

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2023). Congruencia de la demanda con la papeleta de conciliación y protección frente al despido de la mujer embarazada: un ejemplo de flexibilización. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1151/2022, de 23 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 210-217. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18715>

Congruence of the demand with the conciliation and protection ballot against the dismissal of the pregnant woman: an example of flexibility

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice
of Madrid 1151/2022, of 23 December

Margarita Miñarro Yanini

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat Jaume I (Castelló, España)

myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

Abstract

This jurisprudential comment examines the Ruling of the High Court of Justice of Madrid of December 23, 2022 (Num. 1151/2022), in relation to the admissibility of a claim for nullity of the dismissal based on a fact, pregnancy, not alleged in prior administrative conciliation or in the lawsuit initial, but only in the writ of expansion of the claim.

Keywords: labor process; conciliation; lawsuit; procedural moment; allegation; procedure; pregnancy.

Received: 14-03-2023 / Accepted: 14-03-2023 / Published (online preview): 23-03-2023

Citation: Miñarro Yanini, M. (2023). Congruence of the demand with the conciliation and protection ballot against the dismissal of the pregnant woman: an example of flexibility. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Madrid 1151/2022, of 23 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 210-217. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18715>

1. Marco normativo de referencia

En el proceso social, la conciliación previa es un presupuesto del proceso ([art. 63 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)), salvo que concurra una excepción legal ([art. 64 LRJS](#)). La importancia de respetar este presupuesto queda manifiesta, entre otros, en el [artículo 80.3 de la LRJS](#), en virtud del cual la presentación de la demanda deberá acompañarse de la documentación justificativa de haber intentado la previa conciliación (o de haber transcurrido el plazo exigible para su realización sin que se hubiese celebrado, o del agotamiento de la vía administrativa, cuando proceda, o alegación de no ser necesarias estas). Asimismo, es sabido que, según una doctrina constitucional muy consolidada, a cuya estela se ha ido creando una importante jurisprudencia social, queda prohibida la variación sustancial de la demanda en aras de la garantía de efectividad en los procesos del derecho fundamental a no sufrir indefensión ex [artículo 24 de la Constitución española \(CE\)](#). Por ello, el [artículo 85.1, párrafo tercero, de la LRJS](#) prohíbe introducir en el proceso una novación sustancial de la demanda en el juicio, en el momento de ratificarla o ampliarla (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– de 15 de noviembre de 2012, rec. 3839/2011](#)).

Previamente, el propio [artículo 80.1 c\) de la LRJS](#) establece que:

En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

Como puede apreciarse, no es, por lo tanto, una mera cuestión formal. Tal prohibición legislativa novatoria busca garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso para la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC– 226/2000, de 2 de octubre](#)). La legislación procesal laboral trata de evitar las «alegaciones sorpresivas» que, en un proceso oral como el regulado en dicha norma, impedirían la adecuada defensa de la parte. Así se derivaría no solo de la prohibición de la modificación sustancial de la pretensión, sino también de la reconvencción que no hubiera sido anunciada en conciliación o reclamación previa o la obligación de comunicar al juzgado que se acudirá a juicio con asistencia técnica. Es evidente que no es sustancial toda modificación en la demanda, sino solo el cambio en la pretensión ejercitada, o los hechos en que esta se funda, que añade un elemento de innovación tan significativo como generar a la parte demandada indefensión ([STS de 11 de junio de 2020, rec. 27/2019](#)).

Diferente al concepto de variación sustancial de demanda es el de ampliación de la demanda. En el proceso social, como regla general, no hay obstáculo para la ampliación de la demanda en fechas posteriores a presentarse, incluso si se incorporan novedades sustanciales en los fundamentos de la pretensión, o, incluso, en las propias pretensiones esgrimidas, siempre, por supuesto, con el límite de la prescripción de la acción. En consecuencia, es irrelevante que los escritos de ampliación de la demanda supongan o no modificación sustancial de la misma. En suma, cabe presentar escritos de ampliación de la demanda –por supuesto, siempre antes de celebrarse el juicio–, aunque conlleve variación sustancial de la original.

Ello es así por diversas razones. Por una parte, la ley procesal social mantiene una visión dinámica de la iniciativa de la demanda, pues quien la presenta puede igualmente desde desistir de su demanda a interponer otra nueva. Por lo tanto, el único límite legal a la ampliación de demanda es temporal, es decir, debe hacerse antes del acto del juicio, pues, si se hace después, se genera indefensión de la parte demandada. Esta ha de disponer, como mínimo, del tiempo previsto en la ley para la preparación de su defensa, que, según la regla general, es de 10 días hábiles desde la recepción de la citación ([art. 82.1 LRJS](#)), salvo que sea de aplicación una norma especial que prevea su reducción –por ejemplo, 2 días para el procedimiento de tutela ex [art. 181.1 LRJS](#)–.

Por otra, carecería de sentido oponer a la posibilidad de ampliación de la demanda la ausencia de conciliación previa –o de reclamación previa– sobre los elementos adicionales y novedosos incluidos en la ampliación, puesto que la omisión de la conciliación es un requisito subsanable por naturaleza ([art. 81.3 LRJS](#)).

Además, mientras que la ampliación de demanda responde al principio de tutela judicial efectiva, la exigencia de conciliación previa al acto del juicio constituye una limitación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que, por imperativo constitucional, esta ha de interpretarse de forma restrictiva y aquella expansiva. En suma, la interpretación de nuestro derecho procesal social pone de manifiesto una clara distinción de supuestos, a saber:

- Hechos nuevos o antes no conocidos: cabe ampliación, aunque sea una variación sustancial de la demanda respecto a la papeleta de conciliación.
- Hechos previamente conocidos, pero no alegados en la papeleta de conciliación: puesto que la falta de conciliación es subsanable, deberá acordarse en tal sentido ([art. 83.1 LRJS](#)). La subsanación debe ser tanto formal como material, según señala la [STC 185/2013, de 4 de noviembre](#).

Esta posibilidad de ampliación se produce también en el caso de las demandas por despido y otras sujetas a plazos de caducidad. La llegada del fin de plazo actúa como un límite temporal a la impugnación del acto empresarial, precluyendo la posibilidad de su impugnación, por lo que en este ámbito existen algunas peculiaridades legales. El plazo de caducidad de las acciones por despido busca garantizar la seguridad del tráfico jurídico laboral,

que se vería alterada de quedar sometida a plazos de prescripción. La empresa no demandada dentro de plazo no puede ser demandada con posterioridad, mediante una ampliación de la demanda, salvo en el supuesto concreto previsto expresamente en el [artículo 103.2 de la LRJS](#). Fuera de ese supuesto, la ley procesal no contempla ninguna especialidad en este tipo de procesos en relación con la ampliación objetiva –hechos, fundamentos o pretensiones–, equiparándose, en lo sustancial, al proceso ordinario.

Con todo, como suele suceder, la realidad siempre es mucho más compleja de como la describe la norma.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

Una trabajadora prestaba servicios como ayudante camarera desde el 5 de enero de 2021, con salario de 1.275,02 euros brutos al mes, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias, en virtud de contrato indefinido a jornada completa. Pocos meses después, el 8 de abril de 2021, la empresa le entregó un documento de liquidación y certificado de empresa en el que señalaba como causa de cese el despido, fijando como fecha de efectos el 4 de junio de 2021 y sin hacerle entrega de la carta de despido. El 4 de junio de 2021, se procedió a la baja de la trabajadora en la Seguridad Social.

A fecha 4 de junio de 2021, la actora estaba embarazada, habiendo sido el día de su última regla el 5 de mayo de 2021.

En fecha 10 de junio de 2021, se presentó papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, que no llegó a celebrarse. Ni en la demanda ni en la conciliación administrativa previa se alegó el hecho del embarazo, que sí se incluyó en un escrito de ampliación de la demanda posterior a esta, pues se habría tenido conocimiento del hecho una vez que se presentó la inicial. Además, la demanda impugna el despido con base en la existencia de defectos formales en el mismo, sin fundamentar la pretensión de nulidad en el embarazo. La Sentencia del Juzgado de lo Social número 29 de Madrid de 16 de marzo de 2022 (autos 713/2021) estimó en parte la demanda formulada sobre despido y cantidad, declarando la improcedencia del despido –en caso de optar la empresa por readmitir, con indemnización de 576,38 €– y la condena a la empresa al abono de 1.997,90 euros brutos, más 156 euros de interés por mora.

3. Aspectos esenciales de la doctrina judicial: la ampliación temporánea de la demanda hace innecesaria la subsanación de la inicial

La trabajadora recurre en suplicación frente a la sentencia del juzgado de lo social basando el recurso en la [letra a\) del artículo 193 de la LRJS](#), denunciando la vulneración de

los artículos 80.1 c), 85.1 y 202.2 de la LRJS, así como del artículo 218.1 y 2 de la Ley de enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 24.2 de la CE. La cuestión jurídica se centra en si es admisible pronunciarse sobre una pretensión de nulidad del despido basado en un hecho, el embarazo, no alegado ni en conciliación administrativa previa ni en la demanda inicial, sino solo en el escrito ampliador de la demanda posterior a esta.

La sala de suplicación estima el recurso, pues considera que en este supuesto la subsanación no es necesaria, en la medida en que, alegados los hechos en una ampliación de la demanda previa al acto de conciliación judicial, en el que se mantuvo el desacuerdo entre las partes, debe darse aplicación a las normas procesales previstas en garantía del principio de celeridad, principio básico en el proceso social.

Por ello, el despido se califica como nulo con base en varios motivos:

- Primero, porque lo contrario sería primar una interpretación formalista de las leyes procesales en detrimento de la efectividad de la tutela judicial efectiva, sin que medie restricción alguna del derecho de defensa de la demandada, desde el momento en que la ampliación de la demanda le es notificada con antelación suficiente al juicio.
- Segundo, porque la conciliación previa ha perdido hace tiempo, por exigencia constitucional, el viejo «carácter sacramental», si es que lo tuvo alguna vez (STC 185/2013, de 4 de noviembre –y los precedentes que en ella se citan de hace más de un cuarto de siglo–).

Por todo ello, estimado el recurso, el tribunal superior de justicia hace aplicación del artículo 202.2 de la LRJS, pues, a juicio de la sala, la suficiencia de los hechos probados le permitiría resolver el fondo, evitando dilaciones indebidas. A tal fin, teniendo en cuenta que la circunstancia del embarazo es totalmente objetiva, declara la nulidad del despido en su modalidad objetiva (arts. 55.5 Estatuto de los Trabajadores y 108.2 LRJS), máxime dado que no se ha intentado ni tan siquiera probar su procedencia.

4. Trascendencia de la doctrina judicial: ¿un cambio notable, incluso sin perspectiva de género?

La doctrina expuesta es relevante en la medida en que incide claramente, incluso puede decirse que culmina, un lento y no lineal proceso de desconexión del viejo dogma de la congruencia entre la demanda y la conciliación previa, en aras de la efectividad de dos derechos fundamentales. De un lado, y con carácter general, de la efectividad de la tutela judicial ex artículo 24 de la CE, evitando otorgar a los presupuestos procesales un excesivo valor ritual, en detrimento de la justicia material, en un ámbito especialmente urgido de ella,

ante la desigualdad de partes de la relación de trabajo. De otro, de forma particular, pero lamentablemente frecuente en el mundo laboral, en relación con la protección efectiva del derecho a la igualdad de trato, incluso no discriminación, así como la dignidad de la mujer ex [artículo 10 de la CE](#), entre hombres y mujeres.

Esta evolución antiformalista y flexibilizadora de la congruencia entre las dos actuaciones en el proceso social, de la demanda y la conciliación, no ha sido lineal, pues, como refleja la sentencia de instancia social revocada, que se fundamenta en ella, la doctrina jurisprudencial social ofrece más de un precedente en el que parece primar una visión más formalista. Es el caso de la [STS de 25 de junio de 2020 \(rec. 877/2017\)](#), que resuelve un supuesto que presenta notables semejanzas con el de la sentencia comentada. No obstante, la respuesta dada es radicalmente contraria, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa contra la sentencia de suplicación que, a su vez, como en el caso aquí analizado, había revocado la dictada en instancia social –que declara la improcedencia del despido–, porque ni en la papeleta de conciliación ni en el acto de conciliación la trabajadora formuló alegación alguna respecto a que se encontraba embarazada y a las consecuencias que tal hecho podría suponer en la calificación del despido. En consecuencia, el TS avala «la excepción de falta de congruencia entre papeleta y demanda respecto a la existencia de embarazo a fecha de extinción opuesta por la empresa [...]».

En la sentencia de suplicación revocada en este caso –también de Madrid– se primó la protección efectiva del derecho a la estabilidad real, al imponer la readmisión, en la medida en que no se había producido ninguna indefensión a la empresa, pues esta conocía las razones invocadas por la demandante para solicitar la nulidad del despido –estado de embarazo– en el momento de acudir al juicio. Entiende el tribunal superior de justicia que la causa de nulidad vinculada al despido sufrido por la trabajadora embarazada opera de forma automática, si bien no lo entendió así el TS, que primó la ley de ritos sobre la justicia material.

La sentencia analizada, sin embargo, concluye que tal solución jurisprudencial no es aplicable ahora, pues sería tributaria del planteamiento procesal de las partes en sus escritos de recurso y de impugnación, por lo que no debe «interpretarse extensivamente en contra de los principios procesales básicos». Consciente de que su interpretación es discutible conforme a la literalidad de esta jurisprudencia o «derecho de precedentes», aduce otros más recientes en los que, *a sensu contrario*, la sala de suplicación madrileña pretende encontrar una solución más garantista, a fin de consolidar el apuntado proceso de flexibilidad, incluso corrección, de la referida excepción de incongruencia entre la demanda y la papeleta de conciliación. Se refiere, en particular, a las siguientes sentencias:

- [STS de 25 de marzo de 2022 \(rec. 4395/2019\)](#), cuyo fallo concluye que es una modificación sustancial de la demanda la petición en conclusiones, por primera vez, de que el despido sea declarado improcedente por falta de instrucción de un expediente disciplinario (reitera doctrina recogida en [STS de 5 de diciembre de 2019, rec. 1849/2017](#)).

- [STS de 27 de abril de 2022 \(rec. 179/2021\)](#), que, en un caso análogo, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina contra otra sentencia de suplicación madrileña, determinando que la alegación por primera vez en el acto de juicio de la improcedencia del despido disciplinario, por no haberse tramitado un expediente contradictorio, es una variación sustancial de la demanda que no puede ser introducida en el debate, ni justificar la calificación del despido como improcedente.

Para esta sentencia de casación, el precedente de la comentada [STS de 25 de junio de 2020](#) «recuerda la doctrina precedente» sobre la calificación como «hechos nuevos de la alegación en demanda de la calificación como nulo que no fue señalada en el acto de conciliación previa que tan solo alegó que la obra no había finalizado». Por lo tanto, esta referencia del propio TS parece darle una vis expansiva o atractiva al precedente. Sin embargo, para la sala de suplicación madrileña, esta doctrina jurisprudencial marca una notable diferencia, al tratar «la cuestión de la variación sustancial de la demanda en el mismo acto del juicio y no en una ampliación tempestiva».

Con toda probabilidad, esta decisión jurisdiccional de suplicación será objeto de unificación de doctrina, por lo que su suerte final es imprevisible, aunque se considera que debería consolidarse, por alinearse con la doctrina jurídica más correcta y que no reside en la [STS de 25 de junio de 2020](#), excesivamente formalista.

Al respecto, tratándose de protección del embarazo, fuente continua de agravios para las mujeres, como se reconoce constantemente en todos los órdenes (*v. gr.*, es discriminatorio no formalizar el contrato de trabajo de una mujer embarazada a la que se le anula el llamamiento para cubrir una vacante temporal por ser dada de baja el día que debía incorporarse –STS, Sala 3.^a, de 16 de junio de 2022, rec. 6021/2021–), sorprende que tanto el TS como la sala madrileña olviden totalmente la perspectiva de género.

Ejecución judicial de salarios y retenciones a cuenta: quien abona el salario queda obligado a los descuentos debidos

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 118/2023,**
de 8 de febrero

Juan Ignacio Marcos González

Abogado (Vizcaya, España)

Sociedad Científica de Estudios sobre el Acoso y la Discriminación

juanignacio@marcosabogadosbilbao.com

Extracto

El Tribunal Supremo español ha consolidado y clarificado una doctrina jurisprudencial, que se remonta a 2009, en virtud de la cual no es exigible a la empresa, en el marco de un proceso de ejecución de sentencias, que acredite haber practicado las retenciones debidas, una vez ha puesto a disposición del juzgado social las cantidades brutas correspondientes a los salarios adeudados, prueba documental adicional del cumplimiento de tal obligación. Y ello porque «es consustancial al modo en que se ha llevado a cabo el pago por parte del empleador».

Palabras clave: ejecución de sentencias; retenciones a cuenta; jurisdicción social; recurso de casación para la unificación de doctrina.

Recibido: 14-03-2023 / Aceptado: 14-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 23-03-2023

Cómo citar: Marcos González, J. I. (2023). Ejecución judicial de salarios y retenciones a cuenta: quien abona el salario queda obligado a los descuentos debidos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 118/2023, de 8 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 218-224. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18721>

Judicial enforcement of salaries and withholdings on account: whoever pays the salary is obliged to make the due deductions

Commentary on Supreme Court Ruling 118/2023,
of 8 February

Juan Ignacio Marcos González

Abogado (Vizcaya, España)

Sociedad Científica de Estudios sobre el Acoso y la Discriminación
juanignacio@marcosabogadosbilbao.com

Abstract

The Spanish Supreme Court has consolidated and clarified a case law doctrine, dating back to 2009, by virtue of which it is not required of the company, in the context of a process of enforcement of judgments, to prove that it has made the withholdings due, once it has made available to the labour court the gross amounts corresponding to the wages owed, additional documentary proof of compliance with that obligation. This is because "it is inherent to the way in which the payment has been made by the employer".

Keywords: execution of judgments; withholdings on account; social jurisdiction; appeal in cassation for the unification of doctrine.

Received: 14-03-2023 / Accepted: 14-03-2023 / Published (online preview): 23-03-2023

Citation: Marcos González, J. I. (2023). Judicial enforcement of salaries and withholdings on account: whoever pays the salary is obliged to make the due deductions. Commentary on Supreme Court Ruling 118/2023, of 8 February. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 218-224. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18721>

1. Marco normativo: las retenciones a cuenta del IRPF y de la cuota obrera son debidas, sea por el sujeto obligado o por quien lo sustituya legalmente

Bien sabido es (desconocerlo acarrea gravísimas sanciones, incluso penales, más allá de la regla clásica de que «la ignorancia de la ley –más la fiscal y de Seguridad Social– no excusa de su cumplimiento») que de los créditos laborales (retribución, indemnizaciones por despido –por encima de la cuantía mínima legalmente prevista¹–), de naturaleza contractual, se derivan también deberes y obligaciones de índole pública. Tanto para las empresas (por ejemplo, retenciones a cuenta) como para las personas trabajadoras (pago de la cuota fiscal, pago de la cuota obrera).

Las leyes tributarias y de Seguridad Social en esta materia son de las más implacables a fin de asegurar la efectividad del cumplimiento temporáneo de tales obligaciones contributivas, por tanto, en defensa de la función recaudatoria (hoy de tanta actualidad, tanto en el ámbito fiscal –que bate récords– como en el de Seguridad Social –una vez alcanzado el correspondiente acuerdo para la segunda fase de la reforma de pensiones, que carga fundamentalmente sobre el incremento de cotizaciones, más en la cuota patronal que en la obrera–).

El sistema normativo es preciso al respecto cuando el sujeto obligado es, sin lugar a discusión, la empresa. Así se derivaría del [artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores](#), del [artículo 142.1 y 2 de la Ley general de la Seguridad Social](#) y del [artículo 99.9 de la LIRPF](#). Pero ¿qué ocurre cuando media un litigio judicial y se está en el momento –a menudo todo un calvario, como sabemos bien quienes nos dedicamos a esta profesión– de la ejecución de sentencia? Ni la legislación procesal ni la orgánica ([art. 18.2 Ley orgánica del Poder Judicial](#)) son suficientemente precisas al respecto, de ahí que haya habido fuertes discusiones en los tribunales. Veremos cómo lo ha resuelto, incluso zanjado, finalmente, el TS.

¹ Según el [apartado e\) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre](#), del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF). Con carácter general, para su interpretación, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 3.ª, 201/2022, de 17 de febrero. La STS, Sala 3.ª, 1195/2022, de 27 de septiembre, exime por completo la cuantía fijada en los convenios del sector de la construcción. Para el personal de alta dirección, *vid.* STS, Sala 3.ª, 1528/2019, de 5 de noviembre. La STS, Sala 3.ª, 1339/2022, de 20 de octubre, recuerda que los incrementos en la indemnización por despido o cese que se impongan por convenio colectivo –excepto en el sector de construcción– no están exentos de cotización.

2. Relato de hechos y términos del debate jurídico: una lectura en suplicación social «pro-persona trabajadora» con sobrecarga empresarial

Doce personas trabajadoras de la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas Medio Ambiente (FCC-MA) demandan ante el juzgado de lo social por reclamación de cantidad. Obtienen fallo estimatorio y se les reconoce su crédito, condenando a FCC-MA al abono de la cantidad reclamada, de conformidad con la regulación retributiva del convenio aplicable (Convenio colectivo provincial de limpieza viaria): entre 4.761 y 7.753 euros a cada persona, más el 10 % en concepto de recargo por mora. Pretendida ejecución parcial, el juzgado acordó, mediante auto, la entrega de las cantidades. La empresa reconoce tales cuantías, pero discute los intereses por mora (pende el recurso de suplicación interpuesto). Además, esgrime que los pagos consignados son brutos, debiéndose descontar el IRPF y las cotizaciones sociales por el juzgado.

Sin embargo, este desestimó el recurso de reposición presentado a tal fin por la mercantil, acordando poner a disposición de las personas ejecutantes la cantidad bruta que ha reconocido la empresa, porque no habría probado el ingreso de las retenciones. Interpuesto, como es lógico, el correspondiente recurso de suplicación fue desestimado igualmente por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía/Granada. Para esta sala de suplicación debe ser la empresa quien efectúe la retención correspondiente. No hay obstáculo legal ni procesal alguno para que, con la interposición del recurso de reposición frente al auto de ejecución provisional, presente una prueba documental que acredite la práctica de las retenciones sobre dichas cantidades correspondientes al IRPF y a la cuota social de la persona trabajadora. En consecuencia, en el momento de la ejecución definitiva se podrán efectuar, realizada la referida prueba documental por la empresa, las oportunas regularizaciones, en su caso.

Disconforme la empresa, presenta el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina. El escrito de recurso invoca una sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sentencia 928/2017, de 6 de abril), en la que sostenía, respecto de la ejecución de los salarios de tramitación por un despido improcedente, que no es exigible entregar a las personas trabajadoras, en ejecución provisional de sentencias, la cuantía neta objeto de condena, bastando con consignar en el juzgado las brutas. Al respecto, no resultaría razonable, desde luego no legalmente obligado, cargar a la empresa con el deber de probar documentalmente el ingreso de las retenciones debidas legalmente. En este caso, la sala de suplicación sí estimó el recurso contra la sentencia de instancia valenciana que entendió, al igual que la andaluza, lo contrario.

No obstante, en el muy bien orientado y fundado recurso se ponía también énfasis, a la hora de realizar la correspondiente interpretación de las normas aplicables, en un precedente antiguo del TS, que, sin embargo, a la postre resultará, como veremos, definitivo: la [STS de 24 de noviembre de 2009 \(rec. 2757/2008\)](#). En ella se concluirá, por lo que aquí más interesa, que la empresa debe abonar a la persona trabajadora, ahora en posición de

persona ejecutante judicialmente, el importe neto, no el bruto fijado en el fallo declarativo (se actúe contra la cantidad consignada para recurrir o contra la depositada para el pago); cantidades exigidas de práctica de retenciones debidas, legal y reglamentariamente. Pero introdujo, además, otro argumento para sostener su posición hermenéutica: previno del riesgo de incurrir, de aceptar un distinto entendimiento, en un perjuicio económico injustificado para las empresas, pues estas, como partes ejecutadas, verían agravada su situación en relación con lo ejecutoriado. Lo que resultaría un daño injusto para la empresa y un beneficio para la persona trabajadora igualmente indebido (aunque la sentencia no formula de este modo tan preciso la crítica, subyace, a mi juicio, claramente a este razonamiento).

No lo entendió así la abogacía de las personas trabajadoras. A su entender, la empresa, al no practicar las retenciones, tan solo pretendería incumplir sus obligaciones legales a tales fines. Solo la pasividad de la empresa estaría en la causa de este conflicto y, por lo tanto, siguiendo otro elemental principio jurídico o regla hermenéutica: con independencia de los graves perjuicios derivables de este incumplimiento empresarial (sanciones, recargos), quien incumple no puede beneficiarse del mismo.

3. La doctrina jurisprudencial establecida: quien abona efectivamente la deuda laboral queda igualmente obligado a practicar las retenciones a cuenta

El TS, una vez efectuado el –difícil de superar, como conozco por experiencia– juicio de contradicción² y resuelto con éxito ex [artículo 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), estima el recurso casacional. Y dicta la siguiente doctrina unificada, que podemos articular en tres pronunciamientos determinantes (FJ 4.º, punto 2):

- Quien abona efectivamente los salarios a la persona trabajadora (empresa, órgano judicial) debe tenerse como el sujeto obligado a practicar debidas retenciones.
- La persona trabajadora que ha percibido judicialmente las cantidades que se le adeudan (salarios, indemnización, etc.) no tiene título jurídico válido para sostener la pretensión de cobro de las cantidades brutas, solo por el hecho de estar a disposición del juzgado, pues sería exigir a quien las satisfizo (la empresa) que lleve a cabo pagos (a la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS– y a la Agencia Tributaria) con fondos que han dejado de estar en su patrimonio. En esta situación, no cabe siquiera tener la posibilidad de posterior reclamación a quienes cobraron las cantidades brutas sin retención.

² Para el TS resulta irrelevante que, en un caso, el de la sentencia recurrida, estemos ante un proceso de ejecución parcial definitiva, mientras que, en otro, el de la sentencia referencial o de contraste, se trate de una ejecución total definitiva. Y ello porque la ejecución parcial solo procedería «frente a la parte del pronunciamiento de la sentencia que ha quedado firme al no ser tal extremo recurrido en suplicación».

- No es exigible a la empresa que acredita haber practicado las retenciones debidas, a través de la puesta a disposición del juzgado de las cantidades brutas correspondientes a los salarios adeudados, una prueba documental adicional del cumplimiento de tal obligación. Y ello porque «es consustancial al modo en que se ha llevado a cabo el pago por parte del empleador».

Como destaca el pronunciamiento casacional analizado en este comentario, ambas sentencias confrontadas de suplicación dicen aplicar doctrina conforme con el criterio jurisprudencial de la Sala 4.^a. En consecuencia, utilizan análogos precedentes del TS para sostener interpretaciones claramente dispares. De ahí que el TS procede a su «inventario y clarificación» (FJ 3.^o), en los siguientes términos, aquí expuestos de forma sucinta. A saber:

1. [STS \(Pleno\) de 24 de noviembre de 2009 \(rec. 2757/2008\)](#), que conoce un supuesto de ejecución de sentencia firme por despido improcedente.

Auténtico precedente para la resolución de este asunto, por su extensa y precisa argumentación jurídica, versó, en el contexto de un debate sobre la competencia en relación con estas cuestiones cuando se plantean de modo incidental (si del orden social o del orden contencioso), sobre la ejecución contra la cantidad consignada por la empresa y en la que se entregó lo consignado a la persona trabajadora. El juzgado social, en fecha posterior, acordó que la trabajadora devolviera cierta cantidad de lo percibido (1.458,35 €) a fin de reintegrársela a la empresa, una vez acreditara el ingreso en Hacienda de la retención fiscal y en la TGSS de la cuota obrera; deducciones aplicables sobre los salarios de tramitación.

A su juicio –que será el criterio posteriormente consolidado–, el momento de la ejecución judicial debe determinar el de las retenciones a cuenta debidas (fiscales y de Seguridad Social), ya se actúe contra la cantidad consignada para recurrir, ya contra la depositada para pagar, cuando deben practicarse las retenciones a cuenta del IRPF o por cotización a la Seguridad Social. En estos casos, el órgano judicial actúa como sujeto sustituto del originariamente obligado al pago del salario, la persona empleadora, sujeto deudor, y debe hacerlo en idénticas condiciones que este, respetando las obligaciones impuestas a todo sujeto pagado por las leyes tributarias y de Seguridad Social.

2. [STS 550/2022, de 15 de junio](#), que resolvió la cuestión relativa a si los intereses preceptuados en el [artículo 576.1 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) (salarios de tramitación) deben calcularse sobre la cuantía bruta o la neta (descontadas las retenciones a cuenta del IRPF y cuotas de la Seguridad Social).

En este asunto, reclamando el precedente jurisprudencial de 2009, concluiría:

[...] el entendimiento de que el cálculo de intereses tendría que proyectarse también sobre las partidas correspondientes a las retenciones legales y reglamentarias,

posicionaría al pagador en una situación más gravosa que la que la propia ejecución contempla, mientras que el trabajador percibiría un rédito sobre cantidades a cuenta del Tesoro o cuotas de la Seguridad Social.

4. Trascendencia del criterio jurisprudencial más allá del caso: una necesaria y oportuna clarificación a favor de la empresa

El eco mediático alcanzado por esta decisión jurisprudencial, pese a no tratarse de un tema de los de mayor interés social, dado su prevalente carácter «técnico-jurídico», pone de manifiesto su trascendencia. Y ello tanto en el plano teórico como, sobre todo, en el estrictamente práctico, pues trata un asunto de una enorme relevancia para la praxis profesional. No es nada baladí en la experiencia forense de la abogacía saber identificar con claridad y precisión, en el tiempo –muy proceloso siempre, habitualmente árido y frecuentemente algo atormentado– de la ejecución de sentencias, parcial o total, qué sujeto (quién), de qué modo (cómo) y en qué momento (cuándo) debe cumplir con las obligaciones legales de retenciones y descuentos en el pago de condenas.

Ciertamente, no puede decirse que resulte una decisión completamente novedosa, en la medida en que la doctrina que sienta se asocia a un precedente de hace casi una década y media (2009), aunque fuese tangencialmente reiterado en una decisión mucho más reciente (2022). Pero dada la gran cantidad de situaciones de este tipo que vivimos en el día a día del ejercicio de la profesión, un pronunciamiento tan claro, directo y firme presenta un notable interés para quienes operan jurídicamente, también en el ámbito laboral. Conviene tener en cuenta que estamos en un terreno muy serio, donde se trata de obligaciones de orden público y en el que, como advirtiera la sentencia del año 2009, la empresa se juega, de no actuar correctamente, infracciones penales y administrativas muy graves.

De ahí la importancia de delimitar nítidamente quién debe realizar en casos de ejecución las retenciones, pronunciándose claramente el TS en un sentido favorable a la facilitación de las obligaciones de las empresas, por considerar al juzgado como el sujeto obligado a la sustitución de la persona empleadora, una vez ha depositado las cantidades adeudadas en el juzgado de lo social; ingresos cuya efectividad el juzgado está en condiciones de asegurar de varias maneras. Frente a la posición de más de una doctrina de suplicación social (no solo la ahora anulada y casada), orientada por cierto celo de garantismo social, a mi juicio mal entendido, a hacer de la empresa-empleadora el sujeto obligado en todo caso y circunstancias, el TS opta, mediando la ejecución y el depósito efectivo de las cantidades adeudadas, por una visión cooperativa del órgano judicial con la empresa. En ello, de un lado, no habría ningún perjuicio para la persona empleada, que ha cobrado perfectamente sus créditos y, de otro, tampoco habría riesgo de desequilibrio prestacional, cargando sobre la empresa obligaciones documentales, e incluso de pago, que no tiene desde una visión coherente y razonable del derecho.