

eman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA EMPRESA
ENPRESA ZUZENBIDEAREN SAILA**

LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE TRABAJO

Tesis presentada para la obtención del grado de Doctora

Autora: Ana Isabel Zapiroain Bilbao

Director: Dr. Ángel Antonio Blasco Pellicer

Leioa, 2017

Índice

Siglas y abreviaturas	9
Introducción	13
Capítulo I.	
El derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva	19
1. Los antecedentes de la sentencia laboral	27
2. Justificación constitucional de la peculiaridad procesal laboral	38
3. El proceso de trabajo y sus peculiaridades	40
3.1. La accesibilidad como cualidad del proceso de trabajo	41
3.2. Los principios del procedimiento judicial social y sus reflejos sobre la sentencia	47
3.2.1. La intermediación	49
3.2.2. La oralidad	52
3.2.3. La concentración	53
3.2.4. La celeridad	54
4. Otros modos de terminación del proceso	61
4.1. La conciliación judicial o intra-procesal	62
4.2. La renuncia	65
4.3. El desistimiento	66
4.4. El allanamiento	69
4.5. La caducidad de la instancia	71
4.6. El convenio transaccional	73
4.7. La satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto	75
Capítulo II.	
La sentencia social	79
1. El régimen jurídico procesal de la sentencia	81
2. Tipología de las sentencias	83
A) Procesales y de fondo	84
B) Declarativas, de condena y constitutivas	86
C) Verbales y escritas	89

3. Las sentencias procesales	91
3.1. Problemas de Jurisdicción y Competencia	92
3.2. Incidencias formales que afectan al derecho a una Sentencia sobre el fondo del asunto. Las excepciones. Aspectos generales	99
3.2.1. Excepciones impeditivas o insubsanables	103
A. Falta de acción o de legitimación activa ad causam	103
B. Litispendencia y cosa juzgada	109
C. Caducidad y prescripción de la acción	121
3.2.2. Pseudo-excepciones o excepciones retroactivas (subsanales)	125
A. Falta de capacidad o debida postulación de los litigantes	125
B. Defectos en la demanda o en la reconvención	129
a) Defectos en la demanda	129
b) Defectos en la reconvención	134
C. Falta de conciliación o de mediación previas	140
a) Diferencias entre los hechos de papeleta y demanda	144
b) Variaciones en torno a la fundamentación jurídica	145
c) Variaciones en torno a la petición	146
D. Falta de reclamación administrativa previa o de agotamiento de la vía administrativa	151
a) La inclusión del agotamiento de la vía administrativa, la desaparición de la reclamación previa genérica y el mantenimiento de la conciliación administrativa	156
b) Reclamación previa en materia de Seguridad Social. El art. 71 LJS	161
E. Inadecuación de procedimiento	166
F. Acumulación indebida de acciones	173
G. Falta de litisconsorcio	177
a) Escenarios litisconsorciales genéricos	185
b) Escenarios litisconsorciales específicos	185
c) Escenarios de litisconsorcio por apreciación judicial	193
4. Las sentencias de fondo	201
4.1. El objeto del proceso: la pretensión	201
4.1.1. La petición	202
4.1.2. La causa de pedir	203
a. <i>El fundamento fáctico de la causa de pedir</i>	203
b. <i>El fundamento jurídico de la causa de pedir</i>	206
4.2. La oposición al fondo del asunto. El objeto de debate: las defensas o excepciones materiales	210

5. Estructura de la sentencia	214
5.1. Los Antecedentes	216
5.2. Los Hechos Probados	217
5.3. Los Fundamentos de Derecho	218
5.4. El Fallo	220
5.5. Las costas	220
5.6. Advertencias sobre firmeza y recursos	222
6. Las sentencias de los recursos devolutivos	223
6.1. Las sentencias dictadas en Suplicación	227
6.2. Las sentencias dictadas en Casación	231
6.3. Las sentencias dictadas en Casación para Unificación de Doctrina	233
6.3.1. La doctrina unificada y su vinculación como «precedente judicial»	242
Capítulo III.	
Exigencias constitucionales proyectadas sobre la sentencia: motivación, exhaustividad, congruencia y ejecutividad. El control de calidad de las sentencias	245
1. La motivación de las sentencias	247
1.1. Antecedentes	247
1.2. El objetivo de la motivación: la seguridad jurídica	255
1.3. El objeto de la motivación. El proceso de determinación del silogismo jurídico	259
1.3.1. La justificación interna y externa de la sentencia	263
1.3.2. La justificación fáctica y jurídica de la sentencia	264
a. <i>La justificación fáctica</i>	265
b. <i>La justificación jurídica</i>	278
1.4. Reconocimiento de la motivación desde el ordenamiento jurídico español	282
1.5. Desarrollo del contenido de la motivación por el Tribunal Constitucional	284
1.5.1. Igualdad en la aplicación de la ley y motivación por cambio de criterio	291
1.5.2. Doctrina del Tribunal Constitucional en torno al error patente con relevancia constitucional	293
1.5.3. Motivación e incongruencia por omisión	297
2. La congruencia de las sentencias. La relativización del principio rogatorio	301
2.1. Concepto. El modelo teórico reservado a la congruencia como cualidad del pronunciamiento judicial. Un reflejo del principio dispositivo	301
2.2. La pretensión como referencia primaria para el análisis de la congruencia	304

2.3. La incongruencia	305
2.3.1. Escenarios no patológicos de incongruencia. Las desestimaciones presuntas e implícitas	306
2.3.2. Escenarios patológicos de incongruencia. La incongruencia omisiva, la <i>infra petita</i> , la incongruencia extensiva o <i>ultra petita</i> , la incongruencia por error o <i>extra petita</i> y la mixta	307
2.4. El defecto de exhaustividad o incongruencia omisiva	310
2.4.1. Los pronunciamientos debidos en la sentencia	311
2.4.2. Delimitación entre incongruencia y defecto de motivación	312
3. Tensiones entre tutela judicial y seguridad jurídica. La cosa juzgada	314
3.1. Concepto de cosa juzgada	315
3.1.1. Fundamento: la seguridad jurídica	318
3.1.2. Las identidades exigidas y el ámbito de la cosa juzgada	319
3.2. Efectos de la cosa juzgada	320
3.2.1. El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada formal	320
3.2.2. El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material	322
3.2.3. El efecto positivo, prejudicial o vinculante de la cosa juzgada material	324
3.3. Ámbito objetivo	325
3.3.1. La cosa juzgada y las sentencias procesales	326
3.3.2. La cosa juzgada y las cuestiones lógicas o prejudiciales	330
3.3.3. La cosa juzgada y los fundamentos de la sentencia	332
3.3.4. La cosa juzgada y las excepciones opuestas por el demandado	334
3.3.5. Tratamiento procesal especial de las «excepciones reconventionales». Compensación de deudas y nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda	336
3.4. Ámbito subjetivo	339
3.5. Los «límites temporales» de la cosa juzgada	340
3.6. Una variante de la cosa juzgada: la preclusión de la alegación <i>ex art. 400 LEC</i>	341
3.7. Cosa juzgada y orden público procesal	345
3.8. Limitaciones a la cosa juzgada: el acceso a la verdad material	348
3.8.1. La revisión de las sentencias firmes	348
3.8.2. La audiencia al rebelde	357
3.8.3. El incidente de nulidad de actuaciones	359
4. La ejecutividad de las sentencias sociales	363
5. Las sentencias definitivas y el debilitamiento de la efectividad	369

5.1. El derecho al recurso y la función de los depósitos, las tasas y las consignaciones judiciales	370
5.1.1. Depósitos para recurrir	372
5.1.2. Tasas judiciales	373
5.1.3. Consignaciones de condena	375
6. La ejecución provisional de las sentencias sociales	378
6.1. Ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades o «anticipos reintegrables garantizados»	386
6.2. Ejecución provisional de sentencias condenatorias en materia de seguridad social	388
6.3. Ejecución provisional de las sentencias de despido	390
6.4. Ejecución provisional de sentencias condenatorias recaídas en otros procesos	393
Conclusiones	397
Bibliografía	405

Siglas y abreviaturas

AA.VV.: Autores varios
AT: Accidente de trabajo
ATC: Auto del Tribunal Constitucional
ATS: Auto del Tribunal Supremo
ATSJ: Auto del Tribunal Superior de Justicia
BOE: Boletín Oficial del Estado
CC: Código Civil
Cód. Civ.: Código Civil
CE: Constitución Española
CES: Consejo Económico y Social
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
Coord.: Coordinador/a
DA: Disposición Adicional
DF: Disposición Final
Dir.: Director/a
EM: Exposición de Motivos
EP: Enfermedad profesional
ET: Estatuto de los Trabajadores
EVI: Equipo de Valoración de Incapacidades
F.J.: Fundamento jurídico
FOGASA: Fondo de Garantía Salarial
INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social
ISM: Instituto Social de la Marina
IT: Incapacidad temporal
ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LC: Ley Concursal
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECA: Ley de Enjuiciamiento Civil (1881)

LECiv: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LETA: Ley del Estatuto del trabajo autónomo

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

Letrado J: Letrado de la Administración de Justicia

LJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

L.O.: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPM: Ley Orgánica Procesal Militar

LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LPACAP: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LPL: Ley de Procedimiento Laboral

LRJCA: Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Proc.: Proceso

RAE: Real Academia de la Lengua Española

Rec.: Recurso

RCUD: Recurso de casación para la unificación de doctrina

RDL: Real Decreto-ley

R.J.: Razonamiento jurídico

RMP: Regla *modus ponens*

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SEPE: Servicio Público de Empleo Estatal

SLD: Situación legal de desempleo

SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación

SMI: Salario Mínimo Interprofesional

SPEE: Servicio Público de Empleo Estatal

ss: siguientes

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TCT: Tribunal Central de Trabajo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social

TI: Tribunales Industriales

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRADE: trabajador autónomo económicamente dependiente

TRPL: Texto Refundido de Procedimiento Laboral

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UTE: Unión Temporal de Empresas

Introducción

La Justicia admite tantos enfoques como seres humanos habitamos el planeta. Y aún más, porque cada persona la siente y la entiende en función de su experiencia y/o de su observación en distintos momentos de la vida. Hay abundante literatura sobre ella y cada día está en boca de muchos. La Constitución Española la presenta y ubica como valor superior del ordenamiento jurídico que junto con otros, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, el Estado «propugna», es decir, defiende, ampara, protege, mantiene.

Más allá de su concepción iusnaturalista y de otras manifestaciones, su mantenimiento se materializa en su administración. Así que el Estado bajo el toldo del Poder Judicial cumple su cometido poniendo a disposición de los ciudadanos, organizaciones, instituciones y de todos los sujetos, sea cual sea su naturaleza, que interactúan en la sociedad una Administración de Justicia que según proclama el Texto emana del pueblo para que el resultado de su actividad ampare y proteja sus derechos.

Aunque la Justicia sea también una virtud, una experiencia íntima e intransferible que en ocasiones y de múltiples formas nos reconocemos o atribuimos a otros, lo que aquí interesa poner de manifiesto es su dimensión prestacional, contenido sustantivo del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, el ciudadano ostenta el derecho a entregar su problema para que le sea devuelta una solución, cometido que compete a la Administración de Justicia del Estado que, de esta forma, satisface su deuda de servicio público.

El Poder Legislativo del Estado organiza el Sistema Judicial y, al menos teóricamente, se desentiende después de él por cuanto quienes personifican el Poder Judicial y administran justicia son Jueces y Magistrados constitucionalmente independientes y sólo sometidos al imperio de la Ley. Además, se autogobiernan a través del Consejo General del Poder Judicial. Pero como el legislador constitucional se comprometió con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que sólo puede ejercitarse a través del proceso, el legislativo se debe de forma constante al cuidado y mantenimiento de una normativa procesal que garantice la eficacia del producto procesal por excelencia: la Sentencia, lo que pasa, lógicamente, porque ostente la misma cualidad toda la actividad jurisdiccional que le precede.

El interés y el propósito de este proyecto de tesis es observar y analizar la normativa procesal para comprobar en qué medida el Sistema que sostiene cumple de forma eficaz su cometido: asegurar la paz social en contraprestación a la prohibición que se impone a los ciudadanos de resolver sus contiendas al margen de la Ley. Se trata de examinar si el Sistema procesal, y particularmente el Social, es capaz de reproducir las problemáticas que le transfieren los justiciables a través de las normas reguladoras del proceso, garantizando que el litigio resuelva el desacuerdo de fondo y no deforme la controversia que entretiene a aquellos. Dentro de ese compromiso de fidelidad al caso real, la sentencia se constituye en su indicador más señero, en la referencia más ilustrativa para comprobar en qué medida el proceso y sus normas están en condiciones de resolver las discordias que proponen los ciudadanos.

El enfoque del tema ha conducido a estructurar la tesis en tres partes diferenciadas, pero inevitablemente conectadas entre sí. El primero de los capítulos comienza situando al lector ante un breve recordatorio histórico sobre los antecedentes de la sentencia social recorriendo el origen y evolución de los «organismos» que fueron asumiendo sucesivamente el cometido de resolver los conflictos sociales. A ese análisis de antecedentes le sigue el tratamiento de la justificación

que el Tribunal Constitucional otorgó al proceso social y que hoy mantiene para, a continuación, subrayar sus hechos diferenciales, orientados a la accesibilidad y celeridad. Peculiaridades y elementos propios del proceso social que de forma inevitable proyectan sus reflejos sobre la sentencia, forjando un producto propio y diferenciado del que se elabora en otros órdenes. En último lugar, se han analizado otras formas de terminación del proceso: la conciliación judicial, la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la caducidad de la instancia, el convenio transaccional y la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Su oportunidad y régimen jurídico no se aparta del tratamiento de la sentencia, al compartir algunas de esas manifestaciones los efectos excluyentes propios de aquella, conciliación judicial, o limitar la respuesta jurisdiccional, como sucede con la renuncia del actor o el allanamiento de la demandada.

En el capítulo segundo se describe el régimen jurídico de la sentencia social. Tras presentar y desarrollar una tipología de las sentencias que distingue las sentencias procesales y de fondo, las declarativas, de condena y constitutivas y las sentencias verbales y escritas, se dedica una gran parte del capítulo a las sentencias procesales. Cada problema, incidencia u óbice que puede impedir la sentencia de fondo o llega a generar una sentencia procesal pone de manifiesto real o aparentemente una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal. Algunos son subsanables y permiten que el proceso culmine como debe, con la sentencia de fondo; otros no lo son y al actuar sobre elementos nucleares del objeto procesal conducen inevitablemente a una sentencia fallida. Precisamente, el evitar en la medida de lo posible que una cuestión procesal trunque la sentencia de fondo debe quedar vinculado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y servir por ello a la dimensión prestacional de ese derecho.

Asimismo, se realiza una primera aproximación a las sentencias de fondo. El análisis previo del contenido de la pretensión y el de la resistencia al fondo a través de diversas defensas materiales es crucial para manejar los requisitos internos de la sentencia y controlar desde los cánones constitucionales y jurisprudenciales su cumplimiento. También se repasa en la estructura externa de la sentencia dictada en la instancia y en sus respectivos contenidos necesarios y posibles.

Se cierra el capítulo observando los diversos pronunciamientos y efectos de las sentencias dictadas en los tres recursos devolutivos que operan en el sistema del orden social de la jurisdicción, dedicando un espacio a la capacidad de la doctrina unificada para constituirse en precedente y servir a la seguridad jurídica como principio constitutivo del Estado de derecho.

El capítulo tercero clausura la memoria y es el encargado de forjar conclusiones en torno a determinar en qué medida el modelo jurisdiccional Social satisface el propósito de proporcionar sentencias eficaces, cuando por tal se entienden las que resuelven el fondo del caso. Se anudan o ponen en diálogo requisitos constitucionales con la sentencia, como la motivación en sus dimensiones fáctica y jurídica o la argumentación y su racionalidad o razonabilidad, o la congruencia y exhaustividad, cuestiones que han interesado normalmente a filósofos, sean o no del Derecho. La obra de estos estudiosos, cuyos resultados esta doctoranda ha pretendido sintetizar e importar a nuestro ámbito de estudio, ayuda a concebir y proponer métodos, modelos y sistemas orientados a satisfacer las exigencias constitucionales ya descritas. Tales planteamientos convergen sin duda a una mayor exigencia sobre el producto final, lo que habría de proporcionar más y mejores referencias para que tanto el TC como el TS actualicen su control de calidad sobre los contenidos inaplazables de la sentencia.

Al tiempo, el principio de seguridad jurídica se prioriza en ocasiones frente a la justicia material empleando a esos fines el instituto de la cosa juzgada. Su análisis, como principal efecto del proceso, o si se prefiere de la sentencia firme, ocupa también un papel destacado en este espacio, al operar como uno de los más eficaces elementos del ordenamiento no solo en la exclusión de sentencias sobre el mismo fondo, sino en la defensa de la economía procesal tanto en el plano de lo fáctico –cosa juzgada material efecto positivo– como de lo sustantivo –cosa juzgada material efecto negativo– sin perder de vista la preclusión de la alegación aportada por la reforma procesal de 2000.

Capítulo I.

**El derecho a una sentencia
sobre el fondo del asunto
como contenido del derecho
fundamental a la tutela judicial
efectiva**

Es muy probable que la conciencia individual y, con ella, la colectiva vean pasar mucho tiempo en su evolución hasta experimentar el carácter prescindible de una instancia –ajena a los grupos y personas enfrentados– encargada de dirimir sus diferencias¹. Pese a la histórica articulación de instrumentos autónomos y heterónomos de solución de conflictos en el ámbito social –extraños a la solución jurisdiccional– y al impulso que desde las instituciones públicas se proyecta hacia estos mecanismos², hoy en día sigue siendo el proceso judicial –instrumento necesario para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido constitucionalmente en el art. 24 de la CE– el mecanismo más utilizado para encontrar la solución definitiva y eficaz a los antagonismos que nos separan.³

En términos generales, son abundantes los estudios realizados en torno a la mediación⁴ y al arbitraje. Con cabal y constructiva crítica se achaca a los poderes públicos su promoción con el único afán de disminuir el número de procesos pendientes sin invertir en los recursos humanos de la Administración de Justicia. En hacer públicas estadísticas incompletas que no atienden a la duración de la mediación, al sacrificio/beneficio de las partes respecto al acuerdo alcanzado en relación con sus posturas, al nivel de satisfacción real de las partes, al coste, a la formación del mediador ni a los métodos de persuasión que utiliza, lo que requiere una formación de la que se carece. Las fórmulas alternativas a la solución jurisdiccional deben ser si no mejores, al menos igualmente buenas⁵.

-
- 1 Como se ha recordado: «Aquel mundo ideal al que se refería Salvatore Satta donde (...) se acudiría al juez del brazo del adversario en demanda de consejo sobre el camino a elegir, todavía no ha llegado.», en CALDERÓN CUADRADO, M^a P., «Derechos, proceso y crisis de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, 37, septiembre 2015, Iustel (Revistasustel.com).
 - 2 «La reducción de la litigiosidad es otro de los objetivos ineludibles para el ministro de Justicia que apuesta decididamente por la mediación y el arbitraje como mecanismos complementarios y alternativos a la acción de la Justicia, ya que aportan agilidad, especialización y flexibilidad a las partes para buscar soluciones. En la actualidad España cuenta con 2.535 mediadores, 1.352 mediadores concursales y 78 instituciones de mediación al servicio de las soluciones concertadas.», *Agenda legislativa 2017*, vLex.
 - 3 Sirvan como muestra los datos de la Memoria de Actividades 2015 del Consejo de Relaciones Laborales Vasco: «La conciliación es el procedimiento del Preco en que un profesional ayuda a las partes a alcanzar una solución directa a su conflicto mediante una avenencia. En 2015 han sido 37. En el gráfico que sigue presentamos las formas de finalización de los últimos años, para que se pueda apreciar la evolución. La efectividad de esta conciliación con profesional ha continuado siendo muy alta en dicho año, como en toda la serie histórica, con 26 avenencias logradas que representan un 70,3% del total de las conciliaciones finalizadas durante el 2015, frente al 53,7% de las de 2014. La mediación es el procedimiento del Preco en que el profesional, cuando no logra un acuerdo directo entre las partes, concluye su actuación formulando una propuesta por escrito que éstas pueden aceptar o rechazar. En 2015 han sido 11, un número mucho menos significativo que el de las conciliaciones y su forma de finalización ha mostrado un grado de efectividad menor que el de éstas: 4 concluidas con aceptación de la propuesta, frente a 5 finalizadas sin aceptarla y 2 desistimientos. Como se puede apreciar en el gráfico que figura abajo, este dato se aparta de la serie histórica de conflictos solucionados en mediación. Por último, en el arbitraje las partes se comprometen de forma previa a la aceptación del laudo que dicta el profesional. En estos procedimientos no cabe, por tanto, la no avenencia. En 2015 se ha confirmado la tendencia iniciada el año 2014 porque únicamente fueron iniciados 3 procedimientos con intervención de árbitro, finalizados 1 con avenencia lograda por el árbitro y 2 en desistimiento. Estos datos contrastan llamativamente con el promedio anual de arbitrajes desde 2008, que es de 9». Web: <http://www.crl-lhk.org>.
 - 4 LOBETE PASTOR, J., «Los papeles del mediador y sus técnicas», *El Laboralista*, mayo 2015, Asociación Nacional de Laboralistas, Madrid, 2015 (www.ellaboralista.com).
 - 5 NIEVA FENOLL, J., «Mediación y arbitraje: ¿Una ilusión decepcionante?», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 39 mayo 2016, Iustel (Revistasustel.com).

En el ámbito social, no puede imputarse a estas formas de autocomposición y/o extrajudiciales calificativos, sin embargo, acertados para el ámbito civil y mercantil. Los sistemas correspondientes se conforman como un servicio público de utilización voluntaria y gratuita, aunque operen mucho menos de lo deseado y sólo, o casi en exclusiva, en contiendas de índole colectiva⁶. Tampoco sirve para estos arbitrajes el epíteto de «elitistas», ni seguramente negar a sus árbitros, mediadores y conciliadores una falta de formación adecuada⁷. No obstante, en la rama social del Derecho, donde entra en juego el principal o único medio de subsistencia de la mayoría de los ciudadanos, el ejercicio de la tutela judicial se ha demostrado, en demasiados casos, como única y obligada fórmula para no perder derechos sociales tan esenciales como los que procuran al individuo su sustento.

El derecho a la tutela judicial efectiva es de carácter prestacional, y poliédrico por sus múltiples matices y facetas, pero es indudable que su ejercicio a través del correspondiente proceso judicial presenta como meta principal y núcleo del mismo la obtención de la decisión, de la resolución judicial, de la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión litigiosa de forma definitiva y eficaz, posibilitando el cumplimiento o ejecución de lo juzgado, y zanjando de modo inamovible esa concreta cuestión.

El Estado social y democrático de Derecho en que España se constituye constitucionalmente (art.1.1 CE)⁸ convive con el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE)⁹, y la garantía de su protección, comprometida por los poderes públicos, implica un

-
- 6 LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., «Solución de conflictos laborales individuales en clave de mediación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 377-378 (agosto-septiembre 2014), CEF, Madrid, pp. 13-58., y GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Ofreciendo alternativas desde los juzgados de lo social de Madrid: mediación intrajudicial», *El Laboralista*, mayo de 2015, Asociación Nacional de Laboralistas, Madrid y «El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo», *Trabajo y Derecho* N° 2, febrero 2015, Wolters Kluwer, pp. 36-59.
- 7 Aunque con otra perspectiva, se ha señalado que: «...cuando el sistema español establece el sistema de listas de mediadores y árbitros nombrados a propuesta de las asociaciones sindicales y empresariales firmantes del pacto, por mucho que luego permita a los sujetos afectados elegir a aquellos que les parezcan más oportunos, adolece de dos defectos preocupantes que operan a modo de verdadero «talón de Aquiles» del sistema: de un lado, la falta de profesionalidad (pues los designados suelen dedicar su ejercicio profesional a otros menesteres como la abogacía y sólo de manera residual dedican su esfuerzo a la tarea de gestor de conflictos); de otro, la sospecha de parcialidad (pues siempre pesará sobre la persona la condición de haber sido propuesto bien por la instancia sindical, bien por la patronal, haciendo muy difícil que los unos puedan aceptar los propuestos por los representantes de los otros y viceversa, lo que al final suele abocar a la constitución de órganos colegiados)», TASCÓN LÓPEZ, R., «La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el *desiderátum* legal y el ostracismo social», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, N° 10, 2009, Universidad de Valladolid-Lex Nova, Valladolid, p. 222.
- 8 «..., el hecho de que España sea un Estado social y democrático de Derecho, que tiene como seña de identidad el compromiso de los poderes públicos con la consecución de la igualdad real y efectiva de los ciudadanos, hace que la negociación colectiva deba ser vista como una práctica valiosa y positiva, que hay que proteger y potenciar, porque pretende lograr esa igualdad real y efectiva a que se refiere el artículo 9.2 de nuestra Constitución. De ahí que, cuando la misma se degrada, y sufre un serio retroceso como técnica de regulación de condiciones de trabajo, tal como sucede con la reforma laboral de 2012, haya una pérdida de igualdad en el modelo de relaciones laborales y algo que se resquebraja dentro del Estado Social.», RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., «Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales», *Revista de Derecho Social*, Núm. 65, Enero 2014, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 51-52.
- 9 «...y, después de agosto de 2011, su art. 135.3, donde se concede “prioridad absoluta” al pago de la deuda pública y sus intereses frente a la realización de políticas sociales.”, *ut supra*, p. 47. A saber, «principio de estabilidad presupuestaria».

difícil cometido para su equilibrio con el Estado social, como claramente pone de manifiesto el imparable producto legislativo que confunde y ahoga. Tantísimas y tan frecuentes normas son un inequívoco síntoma de complejidad y versatilidad. Es innegable que el contexto político, económico y social actual es profundamente diferente al de la etapa constituyente que generó la Constitución¹⁰. Esta realidad favorece la proliferación de litigios¹¹ puesto que la concurrencia de normas, periodos de transitoriedad solapados en su aplicación y la escasa claridad y lagunas de muchas disposiciones incentivan el incumplimiento o irregular cumplimiento de obligaciones en la rama social del Derecho, panorama fuertemente abonado por la crisis económica¹² y por la reforma laboral de 2012¹³. Sin embargo, el declive compensador del derecho social no ha impedido, en general, la continuidad y leal evolución tuitiva de su instrumento adjetivo lo que, en mi opinión, pone de manifiesto cierta incoherencia.

El último año de inactividad política y legislativa, como se ha analizado¹⁴, no ha impedido una intensa actividad de la Comisión Europea, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español del que se afirma que se ha sumado a la función legislativa con algunas de sus más recientes resoluciones. Se insiste y se recuerda¹⁵ que el «Ordenamiento

-
- 10 Véase ROMAGNOLI, U., «Derecho laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos», *Revista de Derecho Social*, Núm. 64, Octubre 2013, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 13-24.
- 11 PÉREZ DEL PRADO, D., «La estadística judicial en el orden social: últimos datos», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, Lex Nova, Valladolid, 2016.
- 12 «La crisis económica, desde luego, está provocando un incremento considerable de litigiosidad *que no encierra controversia jurídica alguna*, sino que trae causa en el incumplimiento de obligaciones empresariales por dificultades de tesorería, de forma que los jueces venimos actuando como una especie de «notarios» de deudas que resulten acreditadas... El número de despidos y de empresas en concurso...se ha elevado exponencialmente de modo importantísimo; las reclamaciones por desempleo o de prestaciones de incapacidad se han duplicado (efecto de la crisis, sin duda)... y, en fin, los autos de insolvencia se multiplican ante los problemas ya indicados de tesorería de las empresas...», PURCALLA BONILLA, M.A., «El impacto de la crisis económica en el proceso judicial social: la nueva ley de la jurisdicción social (2011) y sus posteriores reformas en 2012», *Revista Internacional de Organizaciones*, nº 8, junio 2012, Universitat Rovira i Virgili, pp. 146-147, (http://www.revista-rio.org/index.php/revista_rio). Además, «... hasta el punto que los señalamientos se han demorado en algunos casos hasta fechas insoportablemente lejanas siendo especialmente lamentable la situación de los Juzgados de lo Social, que bien puede calificarse de “crítica”. El 93% de los Juzgados de lo Mercantil, el 95% de los Juzgados de 1ª Instancia y el 97% de los Juzgados de lo Social superan el 150% del indicador de entrada adecuada de asuntos del CGPJ.» CONCLUSIONES DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE JUECES DECANOS DE ESPAÑA.
- 13 Véase ALFONSO MELLADO, C.L., «Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista de Derecho Social*, Núm. 57, Enero 2012, pp. 263-278. A este respecto, se ha afirmado que «en la presente crisis económica ha aumentado de manera significativa la “carga de trabajo” de los órganos judiciales. Junto al reseñado incremento de la litigiosidad hay que contar la mayor dificultad de los litigios enjuiciados, la cual deriva de dos factores no cuantificables pero no por ello menos reales. Uno de ellos es la ya señalada modificación de la distribución interna de los tipos de asuntos, con mayor presencia de litigios, en principio, de mayor complicación como lo son los conflictos colectivos y los despidos. El otro factor de dificultad que repercute en la carga de trabajo es tal vez más coyuntural; nos referimos al dinamismo del cambio legislativo experimentado en los años de crisis, manifestado en la sucesión de sucesivas reformas del mercado laboral en los años 2010-2012, y en el propio cambio de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social de 2011.», MARTÍN VALVERDE, A., «Los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social: incidencia de la crisis económica», *Relaciones Laborales* Nº 11, noviembre 2014, La Ley, Madrid, p. 25.
- 14 Véase MOLINA NAVARRETE, C., «La regulación «no está en funciones»: novedades «post-vacacionales» que marcan la agenda de la nueva reforma laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 403 (octubre 2016), CEF, Madrid, 2016, pp. 123-148.
- 15 GALIANA MORENO, J.M. «Algunos tópicos e incongruencias de las reformas del “mercado de trabajo”», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 161/2014, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 8.

laboral, que supone, por esencia, una transacción casi permanente, no está compuesto de derechos absolutamente irreversibles, sino que, en buena medida, son adaptables a nuevas situaciones», pero hay límites que no deben rebasarse para mantener esa esencia que posibilite el reequilibrio del poder de las partes, y esto exige el predominio de la autonomía colectiva respecto a la individual, de perfil residual¹⁶.

En todo caso, y para acercarnos al objeto de este trabajo, debe recordarse que el derecho a la tutela judicial efectiva cobra vida a través del acceso del justiciable al tribunal competente con la presentación de la demanda de su pretensión. De forma inevitable ello entraña el ejercicio, al menos, de una tutela judicial (o «acción») y por tanto el inicio de un proceso. La normativa procesal, adjetiva o ritual, incluye todo un conjunto de cargas, deberes y derechos procesales que dirigidos a los tribunales y a los justiciables, principalmente aunque no sólo, implican el sometimiento a lo que puede denominarse «las reglas del juego procesal». De este modo, el ejercicio de este derecho fundamental queda condicionado en cada orden jurisdiccional por esas cargas y deberes que las respectivas leyes procesales –de enjuiciamiento o jurisdiccionales– aplicables incluyen en la norma, así como por las potestades y funciones que en ellas se otorgan a los Letrados de la Administración de Justicia y, en especial, a los Juzgadores.

El acceso –y la accesibilidad, como referente del grado de facilidad en el acceso y tránsito procesal– es el punto de partida respecto a este derecho fundamental. El justiciable debe comparecer observando todas y cada una de las cargas legales exigidas para que el proceso, en términos generales, culmine con una sentencia resolutoria del fondo de la cuestión litigiosa, y ésta no puede ser cualquier decisión emanada del tribunal competente. Es necesario que desde su estructura legal externa se deduzca el cumplimiento de los denominados requisitos internos de la sentencia, a saber, motivación o justificación fáctica y jurídica, fundamentación en derecho, congruencia, exhaustividad y ejecutividad, todos ellos dotados de su correspondiente –aunque en ocasiones abstracto– significado por el Tribunal Constitucional, que normalmente adoptan las Salas de lo Social en su control a través de los recursos devolutivos.

Así, las leyes procesales disponen las condiciones para que, a través de sus elementos, la relación jurídico-procesal se constituya válidamente culminando en la sentencia de fondo. Inicialmente, la parte procesal actora o demandante ve asignado el rol esencial en la correcta constitución de esta relación jurídica. Con ella el tribunal, ya hace más de una década primero la oficina judicial a través del letrado de la Administración de Justicia (aún generalmente llamado secretario judicial, a pesar del cambio nominal, en adelante letrado J), comprueba con la demanda y documentos acompañados a ella que el proceso se inicia sin defectos u omisiones que subsanar para que prosiga hasta su resolución. La fiscalización que le compete se somete a un principio básico e íntimamente ligado al acceso: el de subsanabilidad de defectos subsanables –valga la redundancia–, puesto que algunas cuestiones procesales –insubsanables o impeditivas– enervan el ejercicio de la acción judicial. Simultáneamente, la actora debe interactuar con la Administración de Justicia porque su resistencia al requerimiento de subsanación deriva, normalmente, en la inadmisión y archivo de la demanda. En este aspecto el Tribunal Constitucional ha debido de corregir en demasiadas ocasiones a los tribunales ordinarios ante la aplicación de un riguroso e injustificado formalismo enervante, contrario y lesivo del derecho a la tutela, que cerraba al justiciable el paso al proceso a

16 *Ibidem*.

pesar de atender el requerimiento judicial, y ello por considerarlo, desproporcionadamente, insuficiente (principio *pro actione o favor actionis*)¹⁷.

Al hilo del principio de subsanabilidad, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial admite la eventualidad de defectos insubsanables que impiden el ejercicio de la tutela judicial, ya sea en fase inicial –con la propia demanda– o en un momento posterior que, siendo el de emitir la resolución judicial, podría culminar con auto que justifica la imposibilidad condicionada o definitiva de dictar sentencia, o con una sentencia que no entra a resolver el fondo de la *litis* –tradicionalmente denominada, procesal o de absolución en la instancia–. A esta última coyuntura legal debe añadirse que el derecho a la sentencia de fondo no incluye el llamado «acierto judicial», expresión ésta sumamente relativa o indeterminada –por indeterminable– según acabe o no por comprobarse que el tribunal ha incurrido en error judicial (de índole fáctica y/o jurídica)¹⁸ o, simplemente, que la «duda» que generó el proceso casi siempre es resuelta con un tinte de «desacuerdo» desde la perspectiva de la parte vencida.

Hoy en día, la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social¹⁹ (en adelante LJS) amplía el ámbito de aplicación del recurso de suplicación admitiendo su interposición contra los autos que dispongan la terminación anticipada del proceso por la «Falta de subsanación de los defectos advertidos en la demanda no imputable a la parte o a su representación procesal...» (art.191.4 c) 2º LJS)²⁰, al igual que para el recurso de casación (art. 206. 3 b). La distinción expresa entre parte y su representación procesal –referida a los profesionales de la rama social del Derecho, casi siempre– permite a los tribunales valorar la «no imputabilidad» en la falta de o

17 «En todo caso los presupuestos y requisitos que las leyes exijan han de ser valorados en su sentido y finalidad, es decir, mediante la razonable apreciación del medio en que consisten y del fin que con él se persigue, medidos en su justa proporción y ello para evitar la preponderancia de lo que es sólo instrumento (medio) entendido literalmente, con mengua de la finalidad última de la función judicial, no otra que la de resolver definitiva y eficazmente los conflictos que a ella se le someten.» STC 11/1988, F.J. 4º.

18 La STS de 8 de noviembre de 2016 (Rec. núm. 12/2015) que resuelve una demanda sobre reconocimiento de Error Judicial, resume su doctrina jurisprudencial al respecto en estos términos: «a) El error judicial no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en el establecimiento de los hechos y de la interpretación del derecho. Por consiguiente, no toda posible equivocación en el establecimiento de los hechos o en la aplicación del derecho es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados. b) Es necesario establecer la frontera entre una interpretación posible, pero errónea, de la ley y un error judicial. Por ello, las meras interpretaciones erróneas son susceptibles de corregirse exclusivamente mediante los recursos ordinarios y extraordinarios. c) El concepto de error judicial, contemplado en el art. 121 CE y desarrollado en los arts. 292 y ss. LOPJ ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales. d) En todo caso, es preciso que tales errores hayan sido relevantes para la solución final dada a la contienda. e) Este proceso especial de declaración de error judicial no es una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad. f) El error judicial sólo cabe en el supuesto de que se advierta una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance.», F.J. 2º.

19 BOE núm. 245, de 11 de octubre.

20 «–deficiencia estructural reiteradamente criticada por la doctrina constitucional que motiva numerosos recursos de amparo–», SALINAS MOLANO, F. y FOLGUERA CRESPO, J.A. en «Jurisdicción social integral y modernización del proceso laboral. El proyecto de Ley de la Jurisdicción Social». *Relaciones Laborales*, nº 9, quincena del 1 al 15 Mayo 2011, año 27, tomo 1, p. 15.

irregular subsanación, o desalentar la aplicación de una excesiva exigencia formal²¹. En cualquier caso, aunque esta previsión excusa la necesidad de acudir en amparo al TC, la no imputabilidad a la parte limita el acceso a la suplicación, como ha destacado la doctrina académica²².

La aspiración común de paz social sólo es alcanzable en alto grado desde la paz individual si no de todos de una gran parte, y la probidad de los seres humanos precisa el previo reconocimiento íntimo y expreso de que la mayoría vivimos el conflicto y la duda incluso con nuestro propio Ser en soledad, sin interactuar con otros. Alcanzar una decisión, en cualquier ámbito, no es tarea fácil y hacerlo, de forma autónoma o heterónoma, no implica siempre ver realizada o atisbada la Justicia. En el ámbito social es innegable que el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los tribunales «pone fin» a multitud de conflictos y logra que las partes en un momento enfrentadas acaten la resolución y sigan sus vidas sin insistir en ello. Buscamos la justicia material, pero en muchos casos –o quizás siempre– hay tantas versiones de ella como sujetos implicados en el conflicto. Aunque numerosas veces las leyes no se consideran justas y, más importante aún, las cámaras no justifican objetivamente sus decisiones legislativas, aportan al menos el «reglamento» al que nos sometemos y que por ser conocido nos permite mover las piezas del tablero distinguiendo las consecuencias de nuestras jugadas. Sin embargo, vivimos unos momentos en que esta afirmación está quedando en entredicho a la vista de ciertas decisiones judiciales²³, que en un loable afán de coherencia y adecuación a la normativa y doctrina judicial europeas, sorprenden a las partes procesales y al público en general²⁴. Sus pronunciamientos, extensamente argumentados, quizás no sirvan para superar el control de congruencia, o sí –ya se verá– pero, en todo caso, suscitan una considerable inseguridad jurídica²⁵.

-
- 21 «El requerimiento de subsanación, desbordando las facultades que otorga el art. 81 LPL, se situaba en el terreno de la valoración de la calidad técnica y del rigor expresivo de la demanda y, en definitiva, de la forma mediante la que el demandante, que actuaba sin el concurso de la asistencia letrada, como posibilita la ley procesal aplicable, exponía sus pretensiones ante el órgano judicial. Consecuentemente, el juzgador, al inadmitir la demanda por incumplimiento del indicado requerimiento mediante el Auto de 26 de abril de 2001, se sitúa fuera de la legislación procesal aplicable, que no ha previsto el archivo de actuaciones por razón de la inclusión de expresiones coloquiales, superfluas o inapropiadas como, por lo demás, le advirtió oportunamente el ahora recurrente de amparo en el escrito de 19 de abril.» STC 231/2012 (F.J. 3º).
- 22 JUANES FRAGA, E., «Artículo 191. Ámbito de aplicación», en AA.VV. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia* (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), LA LEY, Madrid, 2015, p. 1275.
- 23 En este momento en boca y texto de muchos, STSJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 (Rec. núm. 1690/2016) y con la misma fecha la dictada por esta Sala en el Rec. núm. 1872/2016. Véase ESTEBAN, P., «A vueltas con la sentencia que declaró improcedente el despido de una interina... ¿Era necesario citar al TJUE?», *laleydigital360*, Wolters Kluwer, LALEY 270264/2016, entre otros.
- 24 «...el Juez social, lejos de auto-restringirse en su función de control *ex art. 24 CE*, multiplica los supuestos en los que parece enmendar la plana al legislador, sobre la base de razonamientos orientados a valores sociales. Aunque su pretensión es claramente corregir esas deficiencias, devolviendo certeza o seguridad al Derecho que la ley ignoraría, lo cierto es que ni sus posiciones son unívocas ni hacen previsibles la solución, como a menudo ponen de manifiesto sus críticos.», MOLINA NAVARRETE, C., «Independencia del juez social y seguridad jurídica: la tensión entre la ley y los «usos opcionales del derecho» en la experiencia laboral reciente», *Trabajo y Derecho*, Nº 4, 1 de abr. De 2015, Wolters Kluwer, Madrid, p. 3.
- 25 Véase BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., «Rápida asunción del criterio jurisprudencial comunitario (STJUE 14-9-2016, C-596/14): equiparación de derechos indemnizatorios entre trabajadores con contrato de duración determinada (temporales-interinos) y fijos por el TSJ del País Vasco. Comentario a la Sentencia 1962/2016, de 18 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, rec. núm. 1690/2016», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 405 (diciembre 2016), CEF, Madrid, 2016.

La sentencia judicial definitiva, sea la dictada en la instancia, en alguno de los recursos devolutivos o a través del recurso de amparo constitucional, implica a todos los elementos de la relación jurídico-procesal (sujetos, objeto y procedimiento). No obstante es el objeto procesal el que tradicionalmente y hoy en día sigue entrañando mayor complejidad. La pretensión y los elementos que la integran –petición y causa de pedir, sin olvidar el elemento subjetivo–, el principio de rogación, la carga de la alegación, la cosa juzgada material y su doble efecto, el principio *iura novit curia*, la congruencia, la motivación y exhaustividad y la delimitación de los distintos hechos que incluyen la causa o causas de pedir, entre otros aspectos, siguen ocupando a diario a nuestros tribunales en decisiones intrincadas. La LEC, de aplicación directa, a veces, y siempre subsidiaria al proceso social –y a todos los de los distintos órdenes jurisdiccionales–, concreta profusamente algunas de estas cuestiones, pero siempre surgen litigios en que su manejo se complica²⁶.

Estos motivos, y otros no expresados en este texto, me convencieron para emprender un trabajo que, aunque descriptivo, permite volcar opiniones y reflexiones así como compendiar distintos aspectos procesales de sumo interés, siempre conectados a la sentencia judicial social. El paso del tiempo –lejos de aportarme confianza en esta labor profesional– no ha hecho sino revelar y confirmar la escasez de mis conocimientos. Así que puedo afirmar, con gran satisfacción, que el aprendizaje sorprendente de casi todo el contenido de este estudio es su característica principal.

1. Los antecedentes de la sentencia laboral

No está de más recordar nuestro pasado. Lo que creamos y experimentamos antes, ha determinado el presente. Rememorar –siquiera brevemente– los antecedentes del actual proceso de trabajo nos proporciona comprensión con perspectiva sobre los cambios que se han entendido necesarios para dejar atrás las experiencias que resultaron ineficaces u obsoletas. Igualmente nos permite no olvidar que todo puede y debe mejorarse. Es importante no repetir los sistemas que mostraron su injusticia, es fundamental comprobar que la evolución no se refiere al tiempo sino a la calidad del objeto presente.

En España²⁷ se empieza a hablar de proceso social, laboral o de trabajo²⁸ a partir de la creación de los Tribunales Industriales²⁹. Entre otras razones para su génesis se ha señalado «La

26 Ya se advertía hace dos décadas que «El proceso social, que ha dejado de ser un proceso de pretensiones simples, debe intentar adaptarse a la complejidad de determinadas controversias, exigiendo de forma rigurosa la completa sustanciación de la pretensión en la demanda...» CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A. *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994-1996)*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 34.

27 «Pueden distinguirse en nuestra historia legislativa procesal de trabajo cuatro etapas, no siempre de contornos precisos. La primera, que corresponde al establecimiento de los Tribunales Industriales; la segunda, caracterizada por la creación de las Comisiones Paritarias; la tercera, que coincide con la aparición de los Jurados Mixtos, y la cuarta, que configura el sistema vigente, manifestado con la creación de la Magistratura de Trabajo.», MARTINEZ EMPERADOR, R., «Los órganos jurisdiccionales y la Constitución», *Revista de Política Social* n° 121, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1979, p. 285.

28 Y cualquiera de estas tres expresiones serán utilizadas indistintamente en este trabajo, sin que ello implique ignorar las correcciones técnicas que la doctrina procesalista y también iuslaboralista han realizado sobre el término. Véase al respecto GIL PLANA, J., «La razón de ser del procedimiento laboral (I)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 169/2014, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 4-5.

29 Hasta entonces, «las reclamaciones laborales con base en relaciones laborales, eran competencia de los tribunales ordinarios civiles que conocían de ellas por los procesos ordinarios con base en la cuantía del asunto.

desigual protección otorgada al colectivo obrero por la normativa civil, como se manifiesta en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 y en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, desarrollada por el RD de 28 de julio de 1900»³⁰. Pero mayor calado se ha conferido a la aparición y consolidación de la «cuestión social», a su atención por el poder público³¹ y, en definitiva, al «triumfo de las tesis reformistas y su aplicación en el campo procesal, que conllevó el necesario establecimiento de un cauce específico para tratar de dar una solución a los litigios que se presentaban entre obreros y patronos», puesto que la clase obrera reclamaba órganos en los que tuviesen participación «para evitar favorecer a quien tenía una preeminencia jurídica y económica»³². La Ley de 19 de mayo de 1908 facultaba al Gobierno para decretar su establecimiento en la cabeza de los partidos judiciales si lo estimaba oportuno o era solicitado por asociaciones obreras o patronales del territorio. Con la misma fecha, otra Ley complementaria³³, creó los Consejos de conciliación y arbitraje, para los conflictos colectivos.

El *Tribunal industrial* se integraba por un Presidente –Juez de primera instancia– y un jurado de cuatro miembros, dos elegidos por asociaciones patronales y dos por asociaciones obreras, aunque se preveía y regulaba la posibilidad de funcionar sin jurado³⁴. Conocía de los siguientes conflictos: incumplimiento o rescisión de contratos de arrendamiento de servicios, de trabajo, de aprendizaje y de embarco; accidentes de trabajo e incumplimiento «de todas las disposiciones de carácter social que afecten particularmente al demandante y no tengan señalado procedimiento especial gubernativo o judicial». El jurado emitía un veredicto sobre los hechos y el juez aplicaba

El proceso civil y los tribunales civiles pronto se manifestaron profundamente insatisfactorios. Un sistema judicial basado en un procedimiento que se arrastraba desde el siglo XIII (desde las Partidas), y un proceso configurado con arreglo a la ideología liberal individualista propia del momento, y cuyas características más acusadas eran –y son– lentitud y carestía, hubo de revelarse pronto ineficaz para resolver las contiendas civiles que tenían su origen en relaciones de trabajo. Desde mediados del siglo XIX la clase obrera aspiró a la creación de órganos paritarios que resolvieran sus diferencias con los patronos. (...). La primera manifestación legal será la ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. En ella, y con relación a los conflictos que surgieran de su aplicación, se atribuía la competencia a los juzgados de primera instancia, pero no por el proceso que correspondiera a la cuantía, sino en todo caso por el juicio verbal, es decir, por el procedimiento más rápido y sencillo de la LEC, pero manteniendo todo el sistema del mismo, incluidos los recursos. Al hacer la atribución de competencia se advertía su carácter provisional “mientras se dictan las disposiciones relativas a los Tribunales o jurados especiales que han de resolver los conflictos que surjan en la aplicación de esta Ley”...», MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1982, p. 34.

- 30 RUBIO DE MEDINA, M.D., «Tribunales y órganos conciliatorios laborales en los inicios del siglo XX», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 35, 2013 Iustel, Madrid, p. 249.
- 31 Como advirtiera MENGER, A. en su obra *El Derecho civil y los pobres*, y recordaba MONTOYA MELGAR, A., en «Los procesos laborales y el sistema del Derecho del Trabajo», *REDT* N° 25, Civitas, Madrid, 1986, pp. 23-25.
- 32 GIL PLANA, J., «La razón de ser...», cit., pp. 6-11.
- 33 «El objetivo básico de la Ley de 1908, de todas maneras, era establecer un procedimiento adecuado para la solución rápida y pacífica de los conflictos laborales. Esa era la función de los Consejos de Conciliación y Arbitraje», GARCÍA MURCIA, J., «La protección del Estado y de los intereses de la comunidad frente al conflicto colectivo de trabajo: del Código Penal de 1848 al de 1928», *Revista de Política Social*, N° 147, julio-septiembre 1985, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 39.
- 34 ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R. M^a, *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 42. Véase también «...se componían de..., tres jurados y un suplente, elegidos por los obreros de la lista aprobada por los patronos, e igual número de patronos elegidos de la lista aprobada por los obreros.» SOTO CARMONA, A., *El trabajo industrial en la España contemporánea (1874-1936)*, Anthropos, Barcelona, 1989, p. 380. Así mismo, «...se componía... y de cuatro jurados, dos obreros y dos patronos, designados por sorteo entre las listas elegidas por una y otra clase.» MONTERO AROCA, J., *El proceso...*, cit., p.35.

el derecho en la sentencia que dictaba. Eran principios de este procedimiento la gratuidad y la oralidad. Aunque los Tribunales industriales subsistieron hasta el decreto de 13 de mayo de 1938, la Ley de 1908 fue sustituida por otra de 22 de julio de 1912, que sería refundida en el Código de trabajo de 23 de agosto de 1926, por causa de sus muchos defectos³⁵. El funcionamiento de estos Tribunales fue ineficaz, y por tanto sus decisiones injustas. Los jurados eran parciales, en muchos casos el empate en la votación del veredicto obligaba al juez a decidir también sobre los hechos³⁶. La inasistencia de los jurados se multaba incluso recurriendo al apremio con embargo de bienes, puesto que estos cargos eran obligatorios, además de gratuitos. Los procesos se dilataban porque los Jueces compatibilizaban este deber con su actividad en la jurisdicción ordinaria³⁷. Contra sus sentencias cabía recurso por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo.

La reforma de 1912 introdujo modificaciones importantes³⁸, pero paulatinamente su actividad se vio muy restringida. De forma paralela, con el Decreto de 11 de marzo de 1919 sobre retiro obrero, se crearon unas «comisiones revisoras paritarias» que conocían de los conflictos derivados de éste y otros seguros sociales³⁹. Aquí se sitúa el origen de órganos paritarios que cristalizaron en el RD-Ley de 26 de noviembre de 1926 de «Organización Corporativa Nacional»⁴⁰. Con él vieron la luz los *Comités Paritarios*. Aunque no eran órganos jurisdiccionales, sino administrativos –«funciones fundamentalmente normativas delegadas y de prevención y conciliación de conflictos»–, se les asignaron cometidos de aquella índole –reclamaciones por despido y por abono o diferencias de salarios y horas extras, previa demanda– (De la mano del decreto de 30 de julio de 1928 y del Texto Refundido del RD-Ley de Organización Corporativa Nacional de 8 de marzo de 1929).

35 MONTERO AROCA, J., *El proceso...*, cit., p. 35.

36 *Idem, ut supra*.

37 «Estos hechos llevaron al Fiscal del Tribunal Supremo a considerar que la reforma de la ley era... [...] urgente e inexcusable. Los Tribunales Industriales no funcionan normalmente, y cuando actúan, no siempre resplandece en sus fallos la justicia. Los asuntos sometidos a su conocimiento se eternizan, y esa tramitación de meses, y aún años, es un asedio por hambre al obrero, que se ve obligado, en muchos casos, a rendirse a las exigencias del patrono, aún siendo justas las pretensiones de éste.» SOTO CARMONA, A., *El trabajo...*, cit., pp. 380-381. «En el caso de los Tribunales Industriales (...), no sólo fallaba la propia credibilidad del sistema, sino cuestiones tan minúsculas como básicas como la de la percepción de dietas en los días de sesiones, algo que quizás no importara a los empresarios pero que resultaba prohibitivo para unos vocales obreros que necesitaban del jornal para mantener cada día a su familia.» ARENAS POSADAS, C., *Intervención pública en las relaciones laborales*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 2000, p. 19.

38 «Las novedades de la ley fueron las siguientes:

1. Disminuir el número de jurados y cambiar el modo de designarlos.
2. Declarar retribuido el cargo de jurado y compensar el trabajo de auxiliares y subalternos.
3. Crear Juzgados especiales con relación de otras funciones.

Hacer más numeroso el cuerpo de jurados.

4. Establecer el sistema de representación proporcional en la elección de jurados.
5. Regular la competencia territorial de los Tribunales.
6. Conceder capacidad procesal a los obreros mayores de dieciocho años.
7. Establecer que en caso de no constituirse el Tribunal a la segunda citación, conocería el asunto el Juez de Primera Instancia.
8. Declarar expresamente la gratuidad del proceso.
9. Configurar un verdadero sistema de jurado, no de escabinato.» SOTO CARMONA, A., *El Trabajo...*, cit., p. 381.

39 ALONSO OLEA, M y Otros, *Derecho Procesal...*, cit., p. 42.

40 «...supone la sustitución del “Estado individual por el Estado corporativo”, ya que se da sobre dos principios fundamentales: “uno, la intervención del Estado en el problema social, otro, la necesidad de una organización de la vida económica del país.» SOTO CARMONA, A., *El Trabajo...*, cit., pp.395-396.

Así, durante la Dictadura de Primo de Rivera, este tipo de organización se ordenó del siguiente modo: 1. Los Comités Paritarios (locales e interlocales de profesión) con las siguientes funciones: establecer las condiciones de reglamentación del trabajo, retribución, horario, descanso y las que sirvieran de base a los contratos individuales y colectivos; prevenir los conflictos, resolver las diferencias entre patronos y obreros (con posibilidad de someterse al arbitraje de un tercero o de una entidad pública), organizar bolsas de trabajo y realizar funciones de asistencia social entre sus componentes. 2. Las Comisiones Mixtas del Trabajo (conjunto de Comités Paritarios unidos por un Consejo), encargadas de estimular las instituciones de cultura, educación técnica, protección o beneficencia, elaborar estudios de carácter social y la de los Tribunales Industriales en las materias objeto de jurisdicción paritaria, todo ello además de las propias de los Comités Paritarios. 3. Los Consejos de Corporación (conjunto de los Comités Paritarios de un mismo oficio en toda España). Se encargaban de regular los contratos de trabajo de ámbito superior al de la localidad o al de una industria para unificar las condiciones en materia de salarios, jornadas y otras; también organizaban las bolsas de trabajo nacionales y controlaban el índice de la situación del trabajo en el país. 4. La Comisión Delegada del Consejo (cúspide de la Organización Corporativa), decidía los laudos de mayor complejidad y procuraba la avenencia cuando no se había logrado con los otros organismos paritarios. El procedimiento era muy parecido al de los TI. Tras la demanda, se intentaba la conciliación entre las partes y, no lograda se realizaba el proceso. Contra la sentencia cabía recurso y la ejecución la resolvía el juez de primera instancia por vía de apremio⁴¹.

Con la proclamación de la Segunda República⁴², la Ley de 27 de noviembre de 1931, cambió su denominación a la de *Jurados Mixtos*, desapareciendo aquéllos, y conviviendo los últimos con los Tribunales industriales, que subsistían, como se ha visto⁴³. Esta Ley les asignó competencia para los juicios de despido y a «cuantas reclamaciones versen sobre horas extraordinarias, diferencias de jornales y otras derivadas de la interposición y cumplimiento de obligaciones contractuales de trabajo y cuyo montante no sea superior a 2.500 pesetas». El resto, seguían siendo competencia de los TI. Se crearon Jurados Mixtos del Trabajo industrial y rural, Jurados Mixtos de la Propiedad rústica y Jurados Mixtos de la Producción y las industrias agrarias. El procedimiento era similar al de los Comités Paritarios. Comenzaba con demanda y, previo intento de conciliación sin éxito, se celebraba juicio. Las partes ahora podían comparecer por sí mismas o acompañadas de alguna persona, siempre que perteneciese a su Asociación, clase y/o profesión. Sin embargo, debe destacarse que ciertas profesiones u oficios –servicio doméstico, profesiones liberales e industrias y propiedades explotadas directamente por la Administración– fueron excluidas de la «jurisdicción» de estos Jurados. Así mismo se establecieron regímenes especiales para los Jurados Mixtos de ferrocarriles, teléfonos, petróleo, cerillas, recaudación de las contribuciones y las almadras⁴⁴.

41 *Ibíd.*, pp. 396-397.

42 «La admirable legislación laboral de la II República apenas si encontró aplicación efectiva, no alcanzando la legislación social más que un reconocimiento programático, castigado todo ello por una quebradura irrecuperable entre la norma legal y la realidad social», DE LA VILLA GIL, L.E., «El Derecho del Trabajo, ¿Ha muerto o vive todavía? Reflexiones sobre la reforma laboral de 2012», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 29 mayo 2012, Iustel, Madrid, p. 13

43 ALONSO OLEA, M y Otros, *Derecho Procesal...*, cit., p.42 y MONTERO AROCA, J., *El proceso...*, cit., p. 36.

44 SOTO CARMONA, A., *El Trabajo...*, cit., pp. 400-401.

El fracaso tanto de los Jurados Mixtos como de sus predecesores, los Comités Paritarios, se debió a su politización⁴⁵. El Decreto de 13 de mayo de 1938 (promulgado en la zona nacional durante la Guerra Civil) suprimió los Jurados Mixtos y los Tribunales Industriales, confiriendo las competencias de ambos a las *Magistraturas de Trabajo* que con esta norma se crearon⁴⁶. Con la Ley Orgánica de 17 de octubre de 1940 quedan configuradas⁴⁷ –si bien vinculadas al Ministerio de Trabajo–, y se instituye el Tribunal Central de Trabajo. La Sala de lo Social (denominada de *Cuestiones Sociales*) del Tribunal Supremo, como V, ya se había conformado con el Decreto de 6 de mayo de 1931⁴⁸. Fue la ley de 27 de agosto de 1938 la que organizó la Sala de lo Social, como Cuarta, instalando el Alto Tribunal en Valladolid y algo más de un año después, en Barcelona⁴⁹.

La ley de 22 de diciembre de 1949 reguló los recursos de suplicación, casación y en interés de la ley. La ley de 24 de abril de 1958 autorizó y ordenó la refundición de las normas procesales, lo que culminó en el *Texto Refundido de Procedimiento Laboral (Decreto de 4 de julio de 1958)*⁵⁰. Se aprobó «con el fin de garantizar y salvaguardar el derecho de las partes, así como fijar al juzgador la pauta a seguir en la jurisdicción del trabajo». El proceso laboral –se apuntaba en el Preámbulo– «...está regulado actualmente por normas a las que las partes y el Magistrado han de acomodar su actuación, pero tales reglas se hallan diseminadas en multitud de disposiciones (Código de Trabajo de 1926, Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria, Decretos, Órdenes ministeriales, Reglamentaciones de Trabajo, etcétera) que hacen difícil su conocimiento a quien en estas materias no esté avezado, siendo frecuente observar omisiones de indudable trascendencia para el legislador, ya que tales preceptos, por ser de índole procesal y, por tanto, de orden público, son de ineludible observancia.»⁵¹

-
- 45 MONTERO AROCA, J., *El proceso...*, cit., pp. 36-37. SOTO CARMONA, A., *El Trabajo...*, cit., p. 414.
- 46 «Iniciada la guerra Civil, ya el 5 de noviembre de 1936 fueron suprimidos los Jurados Mixtos en Andalucía por Queipo de Llano, siguiendo con sus atribuciones los Tribunales Industriales. La declaración VII del fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 anunció la creación de “una nueva Magistratura de Trabajo, con sujeción al principio de que esta función corresponde al Estado”» MONTERO AROCA, J., *El proceso...*, cit., p. 37.
- 47 «... contenía una atribución competencial de carácter genérico, definiéndolas como “única institución jurisdiccional contenciosa en la rama social del Derecho”. Sólo descendía a un mayor grado de concreción en dos aspectos:
- Primeramente, se introdujo una histórica y trascendental modificación al incluir la facultad de ejecutar lo juzgado. (...).
- También establecía la exclusión de los conflictos colectivos, (...)», LASAOSA IRIGOYEN, E., *La jurisdicción social en España: una visión histórica*, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid 2008, p. 94.
- 48 «...que sustituyó a la Sala de lo Civil en el conocimiento de los recursos de casación contra las sentencias de los TI. El Preámbulo de la norma que la creó,...., justifica esta medida por el elevado número y la importancia que han adquirido los recursos contra las resoluciones de los citados TI. También pone de relieve un dato obvio: que en 1870, cuando se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial, la legislación social no formaba parte aún de nuestro ordenamiento, razón por la cual no pudo influir en la originaria división en Salas del TS.» LASAOSA IRIGOYEN, E., *La jurisdicción social...*, cit., p. 79.
- 49 DE LA VILLA GIL, L.E., *La formación histórica del derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003, p. 505.
- 50 «...con la siguiente detallada rúbrica: «Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba el texto refundido del Procedimiento laboral y el Procedimiento especial para los Seguros Sociales y el Mutualismo Laboral». El largo enunciado de la rúbrica, que se habría de comprimir en las versiones siguientes del propio texto, refleja por cierto con meridiana claridad el propósito normativo de inclusión conjunta en el mismo orden judicial de pleitos de trabajo y de pleitos de Seguridad Social, que lleva a cabo por primera vez esta disposición.», MARTÍN VALVERDE, A., «Las reformas de la ley de procedimiento laboral (1958-2010).», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 151/2011, Civitas, Pamplona, 2011, p. 3.
- 51 ALEMAÑ CANO, J., *Bases Históricas para la reforma del proceso laboral*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 10.

Cabe destacarse la delimitación competencial objetiva que estableció en su primer artículo (asuntos litigiosos que quedasen comprendidos en él, dónde no se incorporaron los conflictos colectivos y, con el convertido en clásico, último apartado abierto a nuevas inserciones legales). Se incluyó un procedimiento ordinario, previo preceptivo intento de conciliación sindical, y siete procesos especiales (despido u otras sanciones impuestas al trabajador por el empresario, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, el procedimiento de oficio iniciado por la Inspección de Trabajo, reclamaciones presentadas por agentes ferroviarios, responsabilidades en el trabajo, seguros sociales y mutualismo laboral y reclamaciones de cuantía inferior a 1.500 pesetas). Se declaraba la aplicación supletoria de la LEC. Introdujo el sistema de recursos contra las resoluciones de las magistraturas y del Tribunal Central de Trabajo: casación, suplicación, revisión y el recurso en interés de ley, con exclusiva legitimación del Ministerio Fiscal para revisar la doctrina del TCT sin afectar al fallo de sus resoluciones.⁵² Así mismo se han subrayado⁵³ otras innovaciones que introdujera y que mantiene, con los necesarios «retoques», la normativa vigente: se introdujeron los actos preparatorios y las medidas precautorias, se regularon por primera vez los medios de prueba de confesión, testifical y pericial, la prohibición de renunciar a la prueba propuesta una vez iniciada su práctica, la expresa regulación de las diligencias para mejor proveer, el acta del juicio y con ella la documentación de las pruebas, entre otros.

A través del Decreto 149/1963, de 17 de enero se dio nueva redacción al TRPL (1958) aunque un año antes, el Decreto de 20 de septiembre de 1962⁵⁴ había dotado de competencia sobre los conflictos colectivos principalmente a las Magistraturas de Trabajo, ordenando las normas dispersas sobre la materia⁵⁵. Se han acentuado diversas razones respecto a la utilización del texto refundido en el régimen anterior: las dificultades técnicas para la regulación de instituciones procesales, el menor interés político sobre estas materias en relación con las de derecho sustantivo y un sistema político con una endeble división entre los poderes gubernativo y legislativo⁵⁶.

Por su parte, La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social ordenaba al Gobierno la aprobación, en el plazo de dos años, del Texto o textos articulados para el desarrollo de sus Bases, mandato éste que se materializó en la Ley de Seguridad Social de 1966 (Texto articulado aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril), y en un nuevo *Texto Refundido de Procedimiento Laboral (aprobado por Decreto 909/1966, de 21 de abril)* que añadió el proceso especial de Seguridad Social.

52 «Se puede afirmar, en suma, que el originario «texto refundido del Procedimiento Laboral» ha proporcionado la estructura y buena parte de las bases normativas de nuestra legislación procesal laboral, erigiéndose en el punto de referencia de las modificaciones legislativas posteriores. Es cierto que las reformas legales que habrían de venir luego han introducido muchas innovaciones en la materia, algunas de gran calado, pero no es menos verdad que se han podido verter sin especial dificultad en los moldes creados por dicho texto originario.» MARTÍN VALVERDE, A., «Las reformas...», cit., p. 6.

53 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53-64.

54 «...para regular y controlar los conflictos de base estrictamente económica...», AA.VV., (Coords. CARRERAS, A y TAFUNELL, X), *Estadísticas históricas de España, Siglos XIX-XX*, Vol. I, Fundación BBVA, Bilbao, 2005, p. 1202.

55 «Este Decreto tiene el interés de haber sido el que completó el tan rechazado artículo 103 del Procedimiento Laboral, con la coetilla de que si a un trabajador lo despiden por supuesta participación en un conflicto con inobservancia de las normas legales vigentes y el Magistrado considera que el despido es improcedente se le concede en todo caso al empresario la opción entre la readmisión y la indemnización.», MONTESIONOS, J. y OTROS, *Anuario de las Relaciones Laborales en España 1975*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1976, pp. 150-151.

56 CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RE, F., *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 93.

Tras la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que disponía la competencia de las Magistraturas de Trabajo para exigir por vía de apremio la obligación de cotizar, se autorizó un nuevo TRLP (Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social)⁵⁷. Algunos artículos del TRPL de 1973 fueron modificados a través del Real Decreto 1925/1976, de 16 de julio, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Relaciones Laborales, alterando también los límites cuantitativos de los recursos devolutivos.

Con la Constitución española y posterior publicación del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) hubo de acomodarse la norma adjetiva al nuevo ordenamiento sustantivo, lo que determinó la aprobación de un nuevo *Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio*. Sin embargo su condición refundida no alcanzó a adaptarse a las nuevas pautas judiciales que se introducían con los procesos para la protección de determinados derechos fundamentales y libertades públicas⁵⁸, y la omisión en la regulación de ciertos aspectos –como los trámites a seguir en caso de no readmisión o readmisión irregular en los despidos– propició interpretaciones equivocadas. Sin ánimo de exhaustividad pueden señalarse algunas de sus novedades⁵⁹, al menos curiosas, para quienes entonces aún éramos ignorantes en la materia. En todo caso contrastando su texto con el de 1973 se encuentran muchos artículos transcritos.

Con ella se autorizó el otorgamiento de poder *apud acta* ante el secretario judicial de cualquier magistratura de trabajo, se conquistó la franquicia postal para los actos de comunicación a través del correo certificado con acuse de recibo, se restableció la obligatoriedad del intento pre-procesal de conciliación, se redujo el plazo de subsanación de las demandas de seis a cuatro días, se concretó la indemnización para el despido improcedente conforme al ET (45 días por año de servicio) suprimiendo el margen de discrecionalidad que se había concedido al magistrado con el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en virtud del cual podía establecerla a su prudente arbitrio teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la Empresa, condiciones del contrato de trabajo que se extingue, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, dimensión y características de la Empresa y circunstancias personales y familiares del trabajador, especialmente las de ser titular de familia numerosa, mayor de cuarenta años o minusválido (la cantidad resultante no podía ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades), así como rebajar el tope mínimo para empresas con menos de veinticinco trabajadores fijos. También se otorgó la opción entre readmisión o

57 «Un estudio detenido del texto del Procedimiento Laboral de 1973 revela que las dos innovaciones introducidas en el mismo, una relativa a la «oposición a la ejecución en materia de Seguridad Social» y la otra a la actualización de las cuantías de acceso a los recursos, no justificaban en absoluto la refundición practicada. Parece evidente que tales modificaciones podían haberse llevado a cabo, sin el estrépito y la complicación de la aprobación de un nuevo texto completo, mediante reformas normativas parciales limitadas a los escasos preceptos modificados.» MARTÍN VALVERDE, A., «Las reformas...», cit., p. 9.

58 SAINZ DE ROBLES, F.C., Presentación a las *Segundas Jornadas de Derecho Judicial (Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia)*, citado por CRUZ VILLALÓN, J., *Lecturas sobre la reforma...*, cit., p. 210.

59 Sigo a este fin el trabajo de GIL MEANA, M. y MOLINE JORQUES, E., «La Ley de Procedimiento Laboral, de 13 de junio de 1980. Novedades de la misma», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 1980, La Ley, pp. 979-984.

indemnización al representante legal de los trabajadores conforme a lo dispuesto en el ET, y del mismo modo se introdujo en el proceso especial por despido la regulación para reclamar salarios de tramitación al Estado. Por último, se otorgó competencia a las magistraturas para resolver las controversias en materia de clasificación profesional.

Hasta entonces, y a pesar de lo dispuesto en el art. 122 de la CE y de su Título VI, el Poder judicial estaba regulado por la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 18 de septiembre de 1870, por la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de 1882, por la Ley de Bases para la reforma de la Justicia Municipal de 19 de Julio de 1944 y por numerosas disposiciones legales y reglamentarias que, con posterioridad, se dictaron de forma dispersa en relación con la misma materia. Tuvieron que pasar cinco años para su adecuación constitucional a través de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁶⁰, y tres años más para dar completo cumplimiento a la organización jurisdiccional diseñada, con la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial («complemento indispensable de aquella» Preámbulo I), de cuyo desarrollo se encargó el Real Decreto 122/1989, de 3 de febrero, por el que se acuerdan medidas para la efectividad de la planta judicial. A esto se sumaba⁶¹ la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical que precisaba la correspondiente y singular regulación procesal, y la abundante doctrina producida por el Tribunal Constitucional en torno al procedimiento laboral.

Con todo ello, y con la autorización prevista en la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral⁶² que aspiraba a un triple objetivo: «adecuar el proceso laboral a la nueva estructura judicial, que la Ley Orgánica del Poder Judicial diseña y la Ley de Demarcación y de Planta Judicial concreta y desarrolla, facilitar a los justiciables el disfrute de su derecho a recabar la tutela judicial efectiva en términos acordes con los imperativos constitucionales y ajustar la legislación procesal a los requerimientos provenientes de la legislación sustantiva, laboral y sindical» (E.M. I), se aprobó a través del *Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral*⁶³, que derogaba el precedente texto refundido de 1980. Resultó a partir de aquí que, siendo el orden jurisdiccional social el primero en culminar su adaptación orgánica y procedimental a la LOPJ, la normativa procesal laboral se convirtió en referente para la ulterior nueva LEC, en particular por los principios inspiradores del procedimiento y por la ordenación de las ejecuciones⁶⁴. Así mismo, por el dialogo que también estableciera con las normas sustantivas fue elogiada por su *centralidad* y

60 Véase ALONSO OLEA, M., «Una tarea inconclusa: La Ley de Procedimiento Laboral», *Revista española de derecho del trabajo*, N° 34, Civitas, Madrid, 1988, pp. 237-250.

61 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Reflexiones generales sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral», *Anales de Derecho*, N° 10. 1987-1990, Universidad de Murcia, p. 222. En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F., «La ley de bases de procedimiento laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada», *Temas Laborales Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 15, Consejería de Trabajo y Bienestar Social. Junta de Andalucía, 1989, Sevilla, p. 21.

62 Respecto a cuyo proyecto se destacó que había acogido una buena parte de la jurisprudencia constitucional producida hasta entonces. GARCÍA BLASCO, J., «Tutela judicial efectiva y doctrina del Tribunal Constitucional: el derecho al proceso laboral», *Actualidad Laboral*, N° 30, semana 24, 30 julio 1989, La Ley, Madrid, pp. 393-406.

63 Para una relación detallada de las novedades introducidas en sus cuatro Libros, véase estudio citado *ut supra*.

64 VALDÉS DAL-RÉ, F., «Algunas claves de la reforma procesal laboral», *Actualidad Laboral* N° 37, octubre 1990, La LEY, Madrid, pp. 442-443.

calificada de «verdadero enclave normativo»⁶⁵. Desde otra perspectiva, aunque se destacó su avance en la técnica, motivación y tramitación de los recursos devolutivos, se distinguió por la escasez de novedades que funcional y procesalmente introdujo⁶⁶. Además, se tachó⁶⁷ la falta de claridad, concreción y detalle de ciertos artículos, con una crítica constructiva sobre aspectos evidentes como, entre otros, la ausencia de distinción entre cuestiones previas y prejudiciales, la declaración de oficio de incompetencia por razón de la materia acto seguido de la presentación de la demanda y la posibilidad de ejecutar parcialmente una sentencia recurrida –que se mantiene en la actualidad– obviando la posibilidad de que al resolver los recursos devolutivos se declare su nulidad. Sin embargo, una de sus novedades más relevantes –a efectos de este trabajo– fue el deber de referencia en los fundamentos de derecho de la sentencia –art. 97.2– a los razonamientos que le han llevado a la convicción fáctica⁶⁸.

Tras las modificaciones introducidas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en el ET, en la LPL y en la LISOS, que en el ámbito del mercado laboral se clasificaron, en líneas generales, por la doctrina⁶⁹ bajo tres rasgos: el fomento de la flexibilidad de las relaciones de trabajo, la reducción o previsibilidad de costes y la potenciación de la negociación y de la autonomía colectiva, una nueva *Ley de Procedimiento Laboral* se abrió paso. Su *Texto Refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril*. La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, autorizó al Gobierno en su disposición final sexta para que, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la misma, elaborase un texto refundido del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, incorporando al mismo las modificaciones introducidas por la propia Ley antes citada, por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, y por la Ley 18/1994, de 30 de junio, por la que se modifica la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas, de la Ley 9/1987, de 12 de junio, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio.

El 1 de mayo de 1995 entraba en vigor la nueva Ley de Procedimiento Laboral y durante su eficacia legal de algo más de 15 años hubo de pasar por sucesivas adaptaciones como consecuencia de diversas, novedosas y muy relevantes regulaciones sustantivas y procesales. El ámbito competencial objetivo fue restringido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁷⁰,

65 *Ut supra*, p. 447.

66 MUÑOZ ROJAS, T., «Una perspectiva del nuevo proceso laboral español», *Actualidad Laboral* N° 46, diciembre 1990, La LEY, Madrid, p. 580.

67 SANZ TOME, F., «La Ley de Procedimiento Laboral: problemas puntuales», *Actualidad Laboral*, 1992, Ref. III, tomo 1, LA LEY 5246/2002, p. 21.

68 «Lo cierto es que hasta la entrada en vigor y aplicación de la citada LPL de 1990 los Tribunales del Orden Jurisdiccional Social venían sosteniendo que no era necesario explicar en la sentencia las razones determinantes de la convicción del Juez sobre los hechos y la prueba practicada, ya que el Juez era soberano a tal fin, formando libremente dicha convicción...se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991, en la que se proclama que el Juez «no tiene que exponer cuáles han sido estos elementos o pruebas, ni, por supuesto, tiene que razonar sobre el proceso mental o lógico que le ha llevado a formar su convicción sobre la existencia y realidad de tales hechos»., GIL SUÁREZ, L., «Constitución y Jurisdicción de Trabajo», *Documentación Laboral* N° 57, Ediciones Cinca, 1998, p. 38.

69 MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral», en VALDÉS DAL-RÉ, F., (Dir.), *La reforma del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

70 BOE núm. 164, de 10 de julio. Véase BLANCO MARTÍN, J.M., «Incidencia de la Ley Concursal en el procedimiento laboral», *Información Laboral* n° 5/2005, LEX NOVA, Valladolid, 2005.

modificado por la LEC en relación con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁷¹, ampliado por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo⁷² (también para los órganos con funciones para conciliar) y concretado por las Leyes 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa⁷³ y 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social⁷⁴.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita⁷⁵ derogó las disposiciones de la LPL sobre el beneficio de la justicia gratuita asumiendo su regulación⁷⁶. Así mismo, fue afectada por las siguientes normas: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁷, Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria⁷⁸, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁷⁹, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad⁸⁰, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁸¹, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁸² y la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁸³.

Sin embargo, la modificación procesal, con mayúsculas, llegó con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial –que entró en vigor el 4 de mayo de 2010– y su complementaria Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la LOPJ⁸⁴. Se criticó su tardía llegada y su timidez en forzar un nuevo modelo organizativo⁸⁵. A pesar del amplio número de artículos que adquirieron nueva redacción a su través, su carácter principal fue el nuevo reparto de competencias que introdujo entre los letrados J y los magistrados, aliviando a los segundos en sus cometidos con el debido

71 BOE núm. 268, de 9 de noviembre.

72 BOE núm. 166, de 12 de julio.

73 BOE núm. 167, de 14 de julio.

74 BOE núm. 296, de 11 de diciembre.

75 BOE núm. 11, de 12 enero.

76 Véase SANZ RUBIALES, I., «Incidencia de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en la Ley de Procedimiento Laboral», *Revista de Información Laboral*, nº3/2011, Lex nova, Valladolid, 2011.

77 BOE núm. 313, de 29 de diciembre.

78 BOE núm. 294, de 8 de diciembre.

79 BOE núm. 71, de 23 de marzo.

80 BOE núm. 298, de 13 de diciembre.

81 BOE núm.227, de 18 de septiembre.

82 BOE núm. 266, de 6 de noviembre.

83 BOE núm. 276, de 17 de noviembre.

84 Ambas en BOE núm. 266, de 4 de noviembre.

85 FALGUERA BARÓ, M.Á. y OLLÉ SESÉ, V., «La Modernització de l'oficina judicial i la jurisdicció social», *Món jurídic: butlletí del Col·legi d'Advocats de Barcelona*, Nº 246, Barcelona, 2010, p. 27.

respeto a su exclusiva potestad jurisdiccional⁸⁶. Varios años antes desde la propia magistratura⁸⁷ y desde la doctrina académica⁸⁸ ya se clamaba por la necesidad de un nuevo texto procesal laboral, en especial por la previsión, luego diferida, de la Ley 29/1998 (LRJCA) que ampliaría el ámbito competencial objetivo de los tribunales sociales, y por las innovaciones y nuevas construcciones introducidas por la LEC. Tampoco faltaron propuestas concretas y razonadas de cambios para la LPL⁸⁹.

Cumpliendo rápidamente el cometido contenido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁹⁰, que dotaba al Gobierno de un plazo de 6 meses para aprobar un proyecto de ley de reforma de la LPL que contemplase la atribución al orden social de la jurisdicción de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad Laboral en los procedimientos de suspensión temporal, reducción de jornada y despido colectivo de los arts. 47 y 51 del ET, entre otras cuestiones, en poco más de un año se publicó la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, en vigor desde el 11 diciembre. Claro que, habida cuenta de que su anteproyecto se remitió al CES el 6 de octubre del mismo año 2010, como se afirmara⁹¹: «la labor legislativa encargada (...) se encontraba en el momento de la aprobación de la misma o bien ya realizada, o bien al menos en grado muy avanzado de realización». Su Exposición de Motivos destacó dos objetivos principales: clarificar el ámbito competencial objetivo del orden social y agilizar la tramitación procesal. Con una perspectiva general se destacaron⁹² la ampliación de las competencias materiales de la jurisdicción social, de la legitimación, de las acumulaciones de pretensiones y de procesos, el avance a la comunicación telemática, el fomento de la solución negociada del conflicto, la salvaguarda de los plazos de ejercicio de derechos, la facilitación de los actos preparatorios del proceso, el reforzamiento de la tutela judicial cautelar, la sencillez de la regulación de la admisión de la demanda, el proceso monitorio, las novedades en materia de ejecución y la cualidad del juez social como garante de los derechos fundamentales, entre otros aspectos.

En algo menos de seis años la LJS ha pasado por las reformas previstas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes del mercado laboral⁹³, en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de

86 Para un estudio en detalle de sus objetivos e implicaciones en la LPL (1995), véase PEDRAJAS MORENO, A., «Reforma del proceso laboral: la implantación de la oficina judicial y otras medidas procesales complementarias», *Actualidad Laboral*, N° 10, Quincena del 16 al 31 May. 2010, tomo 1, LA LEY, Madrid, 2010, p.1112. También, ACOSTA TEJERA, A., «Repercusiones de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial en Procedimiento Laboral», *Revista de Información Laboral* n° 7/2010, Lex Nova, Valladolid, 2010.

87 DESDENTADO BONETE, A., «Notas para un debate sobre la crisis del proceso social», *Revista de Derecho Social*, N° 4, Bomarzo, Albacete, 1998, pp. 223-231.

88 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Por una nueva Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 520, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

89 ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Propuestas para reformar la Ley de Procedimiento Laboral», *Revista de Justicia Laboral*, núm. 38/2009, LEX NOVA, Valladolid, 2009.

90 BOE núm. 227, de 18 de septiembre.

91 MARTÍN VALVERDE, A., «La Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social: caracterización general», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 103, Madrid, junio 2013, p. 18.

92 LOUSADA AROCHENA, J.F., «La Ley de la Jurisdicción Social: una primera aproximación», *Actualidad Laboral*, N° 21-22, p. 2481, tomo 2, LA LEY (19516/2011).

93 A través de sus arts. 20 a 25. BOE núm. 162, de 7 de julio.

julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁹⁴, por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁹⁵, por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social⁹⁶, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁷ y por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁹⁸.

2. Justificación constitucional de la peculiaridad procesal laboral

El proceso de trabajo, imprescindible a juicio de muchos, está al servicio de la cada día más amplia rama social del Derecho sustantivo. Los principios del proceso civil demostraban en su estricta aplicación al proceso laboral una quiebra de las necesarias garantías que en la *litis* social precisaba la parte débil, el trabajador y el beneficiario de la Seguridad Social⁹⁹. Pero por encima de este dato su necesidad se sostiene en otros de mayor relevancia¹⁰⁰: la peculiaridad de sus relaciones jurídico-materiales, la indisponibilidad de muchas de sus normas, al menos en el ámbito individual y las matizaciones a los principios dispositivo y de igualdad de partes en el proceso.

En efecto, partiendo de que la dualidad, la igualdad y la contradicción son principios consustanciales a cualquier proceso, independientemente del orden jurisdiccional, la condición de los litigantes sociales más habituales, trabajador-empleador o beneficiario-administración institucional de la Seguridad Social y sus colaboradoras, se revela desigual sin necesidad de análisis alguno¹⁰¹. Es por ello que la Constitución española, a través de sus artículos 1.1 «España

94 A través de su D.F. 14, en relación con la reclamación al Estado de salarios de tramitación (BOE núm. 168, de 14 de julio).

95 Que impuso la tributación para recurrir en suplicación y casación en los procesos de trabajo (BOE núm. 280, de 21 de noviembre). Actualmente sin aplicación tras la STC 140/2016, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de su art.7.1 donde se fijaban los importes de las cuotas para los recursos señalados.

96 BOE núm. 52, de 1 de marzo, que modificó la redacción de varios apartados del art. 124 y el art. 247.2 LJS.

97 Que modificó la redacción del art. 146.2 sobre las excepciones a la necesidad de solicitar judicialmente la revisión de actos declarativos de derechos de prestaciones de la Seguridad Social.

98 BOE núm. 236, de 2 de octubre, dando nueva redacción a varios preceptos en materia de evitación del proceso (arts. 64, 69, 70, 72 y 73), de celebración del juicio (art. 85), de presentación de la demanda por despido (art. 103) y del requisito del agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial para demandar al Estado por salarios de tramitación (art. 117).

99 «El derecho procesal de tipo individualista es insuficiente e injusto para los conflictos derivados de la relación de trabajo. Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir, para restablecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida los que ponen su trabajo como sustancia del contrato y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses.» COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 288.

100 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, cit., p. 21.

101 «El proceso social está estrechamente unido a las normas laborales de derecho imperativo y participa de sus características de normativa compensatoria de desigualdades materiales (SSTC 3/1983, 109/1983, 114/1983, 125/1994). El empresario tiene el privilegio que no tienen las partes en relaciones civiles o mercantiles de realizar su propio derecho. La posibilidad de una revisión jurisdiccional eficaz y rápida de esas decisiones ejecutivas

se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...» y 9.2 «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...», aportó una sólida base para la subsistencia de un peculiar o especial proceso social¹⁰².

La necesaria compensación ha operado en todas las normas procesales laborales hasta hoy. Así mismo, el Tribunal Constitucional no tardó en destacar su singularidad y decidir las correcciones necesarias a ese fin en sus conocidas Sentencias 3 y 14 de 1983¹⁰³. Acatando el mandato de los preceptos constitucionales citados y apreciando sendas lesiones inconstitucionales al principio de igualdad (art. 14) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), consideró que también a través de la norma procesal se debía promover la igualdad real de los litigantes sociales, puesto que el carácter tuitivo del Derecho laboral alcanza además a las normas procesales que sirven a sus mismos fines. Y es que la desigualdad material en la relación jurídica trasciende al proceso, por lo que el reparto de sus cargas es diferente, como lo son las facultades y posibles iniciativas del juzgador social respecto al civil¹⁰⁴. Y lo cierto es que tras diez años de actividad del Tribunal Constitucional se destacaba¹⁰⁵ como dato en absoluto extraño que la mitad de sus sentencias se refiriesen a casos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social y que, de ellas, la mayor parte resolviesen problemas del proceso de trabajo¹⁰⁶.

Sin embargo, desde que comenzase este siglo se produjo una reducción muy notoria, acelerada especialmente a partir del año 2006, en relación con los recursos de amparo ingresados en el TC de procedencia jurisdiccional Social. En la última estadística publicada¹⁰⁷ correspondiente a la Memoria de 2015, puede observarse que de un total de 7.190 amparos constitucionales con tal origen, sólo 409 correspondieron a procesos sociales. Con todo, su singular labor jurisdiccional de control sobre la producida por la jurisdicción ordinaria en el orden social «ha llevado al TC a depurar y revisar las categorías del proceso en una dirección favorable a la tutela judicial efectiva, formular reglas procesales nuevas favorables a la viabilización de las pretensiones de garantía de los derechos fundamentales, como sucedió de manera especialmente relevante con los problemas de la carga de la prueba, y a corregir las pautas más continuistas de la jurisdicción ordinaria sobre la preservación del espacio de autoridad del poder privado del empresario»¹⁰⁸.

del empresario, es justamente el más eficaz contrapeso, mientras que un proceso lento y costoso, aunque tenga mayor número de recursos e instancias, en definitiva demora la rectificación en lo que sea procedente de la decisión empresarial y prolonga en el tiempo y desanima a utilización de los recursos jurisdiccionales que es un recurso básico laboral (art. 4-2 ET).», FOLGUERA CRESPO, J.A., «El proceso ordinario en la Ley de la Jurisdicción Social», *Revista de Derecho UNED*, núm. 8, UNED, 2011, p. 2.

102 RODRIGUEZ-PIÑERO, M. en *La Reforma del Procedimiento Laboral* (ALARCÓN CARACUEL, M. Coord.), Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 42.

103 Cuestión de inconstitucionalidad núm. 222/1982 y Recurso de amparo núm. 233/1982, respectivamente.

104 ARAMENDI SANCHEZ, P., «Propuestas para...», cit.

105 ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Estado social y Derecho del Trabajo» en AA.VV., (Coord. ALARCÓN, M.R.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 13.

106 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Justicia constitucional y Derecho del Trabajo», en AA.VV., (Coord. ALARCÓN, M.R.), *Constitución y Derecho del Trabajo...*, cit., p. 429.

107 <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2015.pdf>

108 BAYLOS GRAU, A., «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela», *Revista de Derecho Social* Núm. 69, Enero 2015, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 22.

3. El proceso de trabajo y sus peculiaridades

El Texto constitucional, que en su Título VI «Del Poder judicial» es tajante en que la potestad jurisdiccional es Una, como lo es la Jurisdicción única (arts. 117.3 y 5, respectivamente), no menciona el proceso social, el orden jurisdiccional social u otra expresión precisa asociada a aquél. Sólo lo hace con la jurisdicción militar (art. 117.5) y con el orden penal (art. 120.2). Pero se refiere a «todo tipo de procesos» (art. 117.3) y a «todos los órdenes»¹⁰⁹.

La singularidad de las distintas disciplinas jurídicas que integran la rama social del Derecho ha determinado que desde sus orígenes se encomendase a órganos específicos la resolución de los conflictos surgidos en este espacio¹¹⁰. No obstante, y aún cuando el ámbito competencial objetivo de los tribunales sociales se ha venido considerando «coextenso»¹¹¹ a la correspondiente legislación material, las sucesivas leyes procesales han mantenido exclusiones; por tanto, la atribución de competencias se ha debido compartir con otros órdenes jurisdiccionales, especialmente, con el contencioso-administrativo. Además, la diversidad de controversias que de forma novedosa se vienen suscitando –en gran parte por el excesivo paquete normativo– superan en ocasiones las previsiones del legislador, por lo que los conflictos de competencia entre el orden social y el civil o, con más frecuencia, con el contencioso administrativo, no pueden considerarse sombra del pasado. El apartado II del Preámbulo de la LJS califica de principal novedad la modificación del ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, que se amplía, racionaliza y clarifica respecto a la normativa anterior. Dice concentrar «en el orden social, por su mayor especialización, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales». Las nuevas competencias se han ordenado¹¹² bajo tres «líneas de tendencia» para el juez social: «juez profesional, juez laboral y juez natural de la protección social».

En cualquier caso, la doctrina iuslaboralista¹¹³ afirma que la existencia de la LJS, y de todas sus predecesoras, «habla con elocuencia de la singularidad del proceso de trabajo». Y así es, puesto que la principal garantía para la efectividad del derecho sustantivo social es su zaguero, el proceso de trabajo. Por ello, como se ha recordado, el TC justificó muy pronto esta cualidad en sus dos emblemáticas Sentencias, antes señaladas, y si puede y debe destacarse un gran distintivo, éste es su accesibilidad.

109 «La necesaria existencia de distintos órdenes jurisdiccionales aconseja, por razones de especialización, la adscripción permanente de jueces y magistrados al orden jurisdiccional que sirvan, formando escalas separadas del Cuerpo judicial único». «...pese a no ser ello necesario, podría citarse el artículo 109 del borrador de la Constitución, que al tratar de la gratuidad de la justicia contenía mención a los cuatro órdenes jurisdiccionales actualmente existentes: civil, penal, contencioso-administrativo y laboral. La eliminación..., no tiene otro significado que el dejar el listado abierto por si la realidad aconsejara la creación de algún nuevo orden jurisdiccional,...», MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Los órganos jurisdiccionales y la Constitución» en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 266 y 291, respectivamente.

110 BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNANDEZ, M^a F., *Instituciones de D^o Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, p. 15. (Véase Cap. I, 1.1 de este trabajo: Los antecedentes de la sentencia laboral).

111 BAYLOS GRAU, A y OTROS, *Instituciones...*, cit., pp. 17 y 18.

112 MOLINA NAVARRETE, C., «La reforma procesal social: ¿De la «modernización burocrática» al «desbordamiento de la jurisdicción»?», *Revista de Trabajo y de Seguridad Social* núm. 344, CEF, Madrid, 2011, pp. 14-19.

113 MONTOYA MELGAR, A. y OTROS, *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 103.

3.1. La accesibilidad como cualidad del proceso de trabajo

Hay un elemento esencial en el ejercicio del derecho a la acción judicial que limita sin excusas el acceso a cualquier proceso, es el tiempo. Someter las demandas de tutela a plazos de caducidad o de prescripción es imprescindible para lograr y mantener un bien superior: la paz social. La controversia, el conflicto a cualquier nivel, no puede perpetuarse *sine die*. Por ello, como todos sabemos, de nada sirve ostentar derechos subjetivos o intereses legítimos, incontestables o dudosos, si precisando la tutela judicial para su efectividad ésta no se pone en marcha en tiempo y forma. El procedimiento por el que transcurre cualquier proceso social, el ordinario o las modalidades procesales, a través de estos dos elementos: tiempos o términos y formas, ponen de manifiesto la predicada y también cuestionable accesibilidad como cualidad del proceso social. Las características o principios del *iter* procesal social incluyen, claro está, la celeridad cuyas manifestaciones y excepciones –las últimas, a veces inevitables– se señalarán en el siguiente epígrafe. Y es que cualquier pretensión controvertida precisa una decisión rápida, pero mucho más la que subyace en los diversos aspectos individuales y colectivos de la rama social del Derecho.

El adjetivo accesible, según el diccionario de la RAE, se identifica con el fácil acceso o trato y también con algo inteligible, de fácil comprensión. En consecuencia, afirmar la accesibilidad como cualidad del proceso social es tanto como otorgarle una facilidad, una sencillez, una cercanía que debe trasladarse y demostrarse en términos de técnica procesal, y deducirse de la LJS.

El hecho de que la vigente LJS –y sus antecesoras– en sus normas sobre postulación haya incluido la posibilidad de que la parte demandante comparezca por sí misma (art. 18.1), ya proporciona un rasgo cualificado como para predicar la accesibilidad como atributo de este proceso. No es frecuente, sin embargo, esta forma de comparecencia puesto que, sin perjuicio del mayor o menor número de trabajadores y beneficiarios afiliados a los distintos sindicatos –por o sin razón de oportunidad ante el conflicto individual–, la mayoría de los justiciables confieren su representación y/o defensa a un operador jurídico conocedor de la rama social del Derecho. La eventualidad de prescindir de este último no ha sido óbice para que los Colegios profesionales de abogados de la mano del legislador organicen y mantengan la asignación de abogados de oficio también para el proceso de trabajo e, incluso, para su posible y frecuente fase pre-procesal, es decir para los expedientes de conciliación o mediación administrativa y/o de la reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa, donde tan condicionado puede quedar el ulterior objeto del proceso. La Ley Orgánica 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹¹⁴, ha dispuesto en su Disposición Final undécima el procedimiento para que, con la adaptación del marco legal, se posibilite el acceso de los Graduados Sociales al sistema de representación técnica gratuita, con lo que sus Colegios profesionales se sumarán a este servicio.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita¹¹⁵ se reconoce, además de a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar –lo que se traduce en la designación de un abogado de oficio incluso, en su caso, para la tramitación preprocesal (art. 1 en relación con el art. 21. 4 LJS) como se ha dicho –entre otros beneficios–, a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad

114 BOE núm. 239, de 6 de octubre.

115 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE núm. 11, de 12 de enero), reformada parcialmente por última vez a través de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Social, en el orden social, y en el contencioso-administrativo para litigios en materia de derechos laborales, y a los sindicatos¹¹⁶. Este segundo reconocimiento, de carácter general, incluye en sus beneficios la exención de tasas judiciales y depósitos necesarios para recurrir (art. 6.5). La LJS no consiente la posibilidad de condena en costas en la instancia (art. 97) para quienes pleitean en las condiciones señaladas, sin embargo la genérica gratuidad del proceso de trabajo parece quebrar en los recursos devolutivos, respecto a los que se dispone la imposición de costas a la parte vencida «totalmente y recurrente», salvo que goce del beneficio de justicia gratuita (art. 235.1). Por tanto, siendo preceptiva la designación de graduado social o letrado, para el recurso de suplicación y del segundo para la casación en unificación de doctrina, el trabajador o beneficiario sería, en principio, vulnerable a su condena en costas. Sin embargo, este reconocimiento es legal (LAJG) y, por tanto, la gratuidad, deducible de las previsiones legales indicadas, se extiende también al trámite del recurso devolutivo, sin perjuicio de la posible multa por temeridad, mala fe o finalidad dilatoria en el recurso (arts. 75.4 y 97.3 LJS). Y es que, como se ha señalado: «la cualidad de accesible predicada de la Justicia..., no hace sino apuntar al coste total del proceso, cuando éste depende tanto de su duración como, incluso, de la posibilidad de que aquél sea gestionado sin ayuda técnica.»¹¹⁷, o como afirmara GUASP: «no puede negarse desde luego que la justicia barata, rápida y sencilla, es esencial para el proceso de trabajo»¹¹⁸. No obstante, la realidad socio-económica, unida a la ampliación del ámbito competencial objetivo de los tribunales sociales, pone de manifiesto –sin merma de lo dicho para una mayoría de la población activa y desempleada– que también se benefician de esta regulación trabajadores con un gran poder económico, y que su objetivo compensador determina un tratamiento perjudicial para muchos pequeños empleadores que no ostentan realmente la clásica posición privilegiada en el contrato de trabajo.

Con independencia de una forma u otra de comparecencia, el principio de subsanabilidad consagrado en la LOPJ (art. 243.3 y 4) –por tanto, común a todos los órdenes jurisdiccionales– y recordado constantemente por el TC en sus sentencias de amparo, unido al rechazo de la aplicación judicial de formalismos desproporcionados y enervantes, contrarios al principio *pro actione*, también ha mantenido su reflejo en las normas procesales laborales¹¹⁹, incluso preconstitucionales. Hasta la reforma operada por la Ley 13/2009, la demanda se admitía provisionalmente, sin perjuicio de posibles defectos, lagunas o irregularidades de carácter subsanable. Tras esta Ley, el control que opera el letrado J advirtiendo, en su caso, para la subsanación de defectos u omisiones en la demanda y/o respecto a documentos que debieron acompañarse o sobre la acreditación del intento de evitación del proceso, constituye un claro exponente. A este dato, se suman dos más, en relación con el escrito de demanda, que refuerzan la atenuación de su formalismo y en consecuencia facilitan el acceso al proceso social. Por un lado, el escrito rector puede articularse utilizando los formularios facilitados por la oficina judicial. Por otro, el contenido de la demanda laboral se ha caracterizado, y sigue haciéndolo, por su sencillez, en particular por el hecho de que no es preceptivo incluir en ella fundamentos de derecho (art. 80 LJS). Sin embargo, desde la propia judicatura¹²⁰, y en lo que se ha subrayado como «banalización de la demanda», se insiste

116 Que al ejercitar un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social, quedan dispensados de depósitos y consignaciones.

117 SEGALÉS FIDALGO, J. *La prueba en el proceso laboral*, Comares, Granada, 2002, p. 19.

118 GUASP, J., «El proceso del trabajo en la teoría general del Derecho Procesal», p. 159

119 Véase VALLE MUÑOZ, F.A., «La vigencia del principio “pro actione” en el proceso laboral», *Revista de Derecho Social*, Núm. 66, Abril 2014, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 59-80.

120 ARAMENDI, P., «Los errores más habituales de los profesionales en el juicio oral», *Trabajo y Derecho* N° 9, 1 de septiembre de 2015, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 1-3.

en la relevante importancia del escrito rector. Fruto del principio dispositivo, es en él donde se fija y define el objeto del proceso, la pretensión. Con ella, el objeto de debate para su contestación y, entre los distintos elementos que así se delimitan, en especial la congruencia de la decisión ulterior y su ejecutabilidad, aconsejan una nueva concepción de la demanda como «un proyecto de sentencia». Pero, como entre el blanco y el negro son posibles una gran variedad de grises, si, como se propone¹²¹, en su fundamentación debieran incluirse los razonamientos que vinculan los hechos con el ordenamiento para justificar el fallo –afirmación del todo razonable– me pregunto a qué se reducirían las alegaciones de la parte actora en el juicio oral: a una mera ratificación de la demanda o a una tediosa reiteración de su contenido, quizás.

Además, las singulares posibilidades de comparecencia en el proceso de trabajo –sin profesionales del Derecho– eximen al actor de la obligada utilización del nuevo sistema telemático Lexnet¹²² –de implantación paulatina en los distintos órdenes jurisdiccionales y colectivos– para la presentación de escritos, documentación y resto de actuaciones procesales¹²³. En algunas comunidades autónomas se han configurado sistemas propios. Así, por ejemplo, en el País Vasco, se ha comenzado con la primera fase del denominado «JustiziaSip» el 15 de diciembre de 2016, lo que implica eliminar el papel en las notificaciones telemáticas enviadas desde todas las Oficinas Judiciales de esta Comunidad cuando se dirijan a Abogados y Graduados Sociales¹²⁴.

El año pasado, el Pleno de la Sala de lo Social del TS adoptó un Acuerdo no jurisdiccional (6-07-2016) relativo a las Notificaciones a través del sistema Lexnet en el orden social y plazos procesales. En él se distingue la notificación de actos y resoluciones judiciales a través del servicio de los Colegios de Procuradores, en cuyo caso, aplicando el régimen procesal común, se tendrán por notificados al día siguiente de su fecha de recepción, del resto de los casos. En estos se aprecian dos supuestos: A. Si hay constancia de su correcta remisión, tras tres días hábiles sin

121 *Ut supra*, p. 3.

122 Véase: <http://www.abogacia.es/site/lexnet-abogacia/lx-calendario-y-mapa-de-implantacion/>

123 MOLINA NAVARRETE, C., «El proceso laboral y la nueva Oficina Judicial. Las reformas introducidas por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial», *Estudios Jurídicos*, N° 2010, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2010.

124 No obstante, en el documento de Conclusiones de las XXVI Jornadas nacionales de juezas y jueces decanos de España (Málaga, 24 a 26 de octubre de 2016), entre las Propuestas frente al funcionamiento deficiente. Modernización. Atención adecuada al ciudadano, se incluyó el siguiente: «**I) Expediente digital. La falacia del “papel cero”**. El expediente digital es desde luego deseable y necesario y sería un avance muy positivo, pero se ha seguido un camino inadecuado sin previsión, sin inversión, de forma incompleta, con precipitación e improvisación, sin experiencias piloto y con falta de coordinación de las CCAA y con constantes fallos del sistema debido a la ausencia de modernización informática en muchos territorios. Y, muy importante, sin contar con los jueces, al margen de nuestra opinión y de las características de nuestro trabajo. Las experiencias puestas en marcha han convertido a los Juzgados en oficinas impresoras de demandas que luego son repartidas en papel. Este no es el expediente digital que pedimos. Los jueces no nos oponemos a la implantación del expediente digital, pero el sistema de desarrollo del mismo es altamente deficitario; se está haciendo, ninguneando absolutamente a los jueces, prohibiendo incluso la impresión de documentos por los mismos, eso sí, pudiendo hacerlo los LAJ. El sistema es estructuralmente deficiente ya que no tiene en cuenta la necesidad de que en juicio estén presentes los documentos originales, a efectos de su reconocimiento por las partes y los testigos, de lo cual puede depender una absolución o una condena. El CGPJ debe poner a disposición de los jueces una oficina de coordinación informática para recoger las sugerencias y quejas que puedan producirse en el desarrollo del expediente digital ya que el Ministerio no tiene en cuenta ninguna de ellas. Es el momento de que CGPJ ejerza sus competencias y deje de ponerse de lado.» CONCLUSIONES DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE JUECES DECANOS DE ESPAÑA.

que el destinatario acceda a su contenido, la comunicación tendrá plenos efectos procesales y el plazo para su impugnación comenzará al día siguiente –hábil claro– de los tres señalados. B. Si se accede al contenido el día de su remisión o en los tres siguientes, la notificación se tiene por efectuada al día siguiente del acceso y el plazo se computa desde el siguiente al último. En tercer lugar se acuerda posibilitar la presentación de escritos «a término» (*ex art. 135.5 LEC*) con los nuevos sistemas de recepción en el orden social.

Por otro lado, el todavía joven proceso monitorio laboral¹²⁵, regulado en un comprimido art. 101 de la LJS, constituye otro factor que facilita el acceso a la jurisdicción social para el trabajador que mantiene un crédito dinerario líquido, vencido, no debatido, documentado y que no supere los 6.000 euros, derivado de la relación laboral frente al empresario no concursado¹²⁶. Como en cualquier monitorio su virtud reside, salvo oposición de aquél o del FOGASA, en que realizada la petición y comprobado el cumplimiento de los requisitos legales por el letrado J, el requerimiento de éste con el apercibimiento de despacho de ejecución, conlleva un importante componente persuasivo para el pago de la deuda por el empresario solvente y, sin embargo, moroso. La tercera posibilidad, consistente en hacer caso omiso del requerimiento, también resulta muy beneficiosa para el trabajador, puesto que con una mera solicitud por su parte se dictará auto despachando ejecución. Es evidente que el tiempo y el esfuerzo invertibles en la tramitación del proceso ordinario quedan legalmente eludidos, y aún cuando la tutela ejecutiva fracase y termine el trabajador llamando a la puerta del FOGASA, este desenlace tan frecuente se producirá mucho antes que cuando no existía la posibilidad del monitorio. Con lo que, sin duda alguna, también contribuye a la celeridad en la solución del conflicto. No obstante, la reclamación a través de este proceso no está excluida de conciliación previa, cuestión que se constituye en una manifestación más de la apuesta del legislador por la evitación del proceso a través de este medio auto-compositivo y, con ella, a su resistencia a convertirla en una facultad y, más aún a eliminarla.

Se han destacado también -desde hace décadas y con plena vigencia en la actualidad- otras características del proceso de trabajo que facilitan la utilización del mismo¹²⁷. La oportunidad de que se inicie de oficio es una de ellas. En efecto, el art. 148 LJS, *Del procedimiento de oficio*, incluye en su ámbito de aplicación un elenco de actos administrativos que posibilitan la iniciación de oficio del proceso y que, sin duda en su mayor parte, favorecen los intereses del trabajador: A) Certificaciones de las resoluciones firmes de la autoridad laboral derivadas de actas de infracción de la ITSS en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados. B)

125 «El éxito de la regulación del proceso monitorio en la jurisdicción civil... motiva la introducción, como una de las principales novedades de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social... del proceso monitorio en un único y denso art. 101 de la LRJS. Ambas regulaciones, civil y laboral, se asemejan al proceso monitorio europeo regulado en el Reglamento CE 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006», GARCÍA FERREIRA, M., «Artículo 101. Proceso monitorio», en AA.VV., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia* (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), LA LEY, Madrid, 2015, p. 706.

126 Para estudios pormenorizados sobre este proceso especial, véanse: ESTEVE SEGARRA, A., «El procedimiento monitorio laboral», en AA.VV., *EL PROCESO LABORAL Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, (Dir. BLASCO PELLICER, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 647-700, QUÍLEZ MORENO, J.M., «El proceso monitorio en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista General de Derecho Procesal*, N° 27, mayo 2012, Iustel, BONACHERA VILLEGAS, R., «Un nuevo instrumento procesal para la tutela del crédito del trabajador: el proceso monitorio laboral», *Revista General de Derecho Procesal*, N° 29, enero 2013, Iustel, CÁMARA BOTÍA, A., «El proceso monitorio en la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 103, 2013, pp. 157-181.

127 MARTINEZ EMPERADOR, R., «Los órganos jurisdiccionales y la Constitución» cit., pp. 273-274.

acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. C) De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente. También como consecuencia de las correspondientes comunicaciones y a los mismos efectos en los supuestos de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos. D) Las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. En concreto, los incluidos en los apartados A) y C) muestran nítidamente su objetivo tuitivo. Sin embargo, la doctrina¹²⁸ ha puesto de manifiesto el deterioro de su eficacia por causa del uso de herramientas más actuales como la garantía de indemnidad frente a las represalias empresariales, el acceso a la información, la tecnología informática y la implantación sindical.

Otra manifestación de la accesibilidad que simplifica así mismo a las partes el tránsito por el proceso, la proporciona el deber de información, hoy dirigido al letrado J en primer término, sobre diversos aspectos. Admitida la demanda, se notificará con ella la resolución judicial sobre, en su caso, diligencias de preparación de prueba para el juicio o de anticipación o aseguramiento, que se hubiesen solicitado (art. 81. 4 LJS). En la cédula de citación para los actos de conciliación y juicio se harán constar los siguientes extremos: que la incomparecencia del demandado -se entiende injustificada- no determinará la suspensión de los actos; que deben acudir al juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse, que pueden conciliar ante la oficina judicial antes del señalamiento y que pueden someterse legalmente a mediación y justificándolo, solicitar la suspensión de común acuerdo (art. 82. 3 LJS). Además, en el acto de conciliación el letrado J advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que puedan corresponderles (art. 84. 1 LJS).

No habiéndose alcanzado avenencia, en la sala de vistas y de forma previa al inicio del juicio oral, oídas las partes, se resolverá oralmente sobre cuestiones previas, recursos o incidencias pendientes de resolución, y/o sobre cuestiones que el magistrado o sala plantee sobre su competencia, presupuestos de la demanda o alcance y límites de la pretensión demandada, con respeto de las garantías procesales y sin prejuzgar el fondo (art. 85 LJS). Iniciado el juicio oral,

128 CARRATALÁ TERUEL, J.L y RABASSÓ RODRÍGUEZ, N., «Algunas cuestiones críticas sobre el procedimiento de oficio en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Nº 31, septiembre 2012, Iustel. En este sentido también: «Debe advertirse, sin embargo, la escasa utilización que en la práctica se viene haciendo de estos procedimientos de oficio en los que la Administración laboral actúa como gestora de intereses particulares», ROQUETA BUJ, R., «Los procesos de Oficio», en AA.VV., *El Proceso Laboral* (Dir. BLASCO PELLICER, A.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 1611.

y a pesar del sucesivo orden de sus fases legalmente previsto para la intervención de las partes, el juez o tribunal puede otorgarles el uso de la palabra cuando lo estime necesario (art. 85.4), también fijará con ellas o sus defensores los hechos objeto de debate (art. 85.6). En la práctica de la prueba determinará la naturaleza y clase de medio de prueba (art. 87.2), podrá preguntar a las partes, peritos y testigos, someter a las partes a alegaciones para completarlas, corregirlas o introducir las omitidas pero necesarias para la decisión de la pretensión (art. 87.3)¹²⁹ e incluso pedirles explicaciones o información sobre particulares tras las conclusiones, si no se considera suficientemente ilustrado (art. 85.5). Por último, cabe destacarse que practicada la prueba y antes de las conclusiones, puede promover la posibilidad de llegar a un acuerdo (art. 85.8)¹³⁰. Es indiscutible que tal conjunto de previsiones no sólo facilitan la función decisoria del juzgador, sino que allanan el camino de las partes, representadas o dirigidas profesionalmente o no, en las tres fases nucleares del juicio oral y de cualquier proceso: alegaciones, prueba y conclusiones.

Más aún, y por lo que atañe a la actividad probatoria de las partes, no debe olvidarse la, prevista legalmente, inversión de la carga de la prueba. La indicación específica para la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 181.2 LJS) que impone al demandado la aportación y prueba de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, adquiere carta de naturaleza general en cualquier otro proceso donde las alegaciones de la actora aporten indicios fundados de discriminación o vulneración de aquellos derechos o libertades (art. 96.1). Igual inversión opera cuando la pretensión sostiene responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (apdo. 2).

El precedente recorrido normativo, aunque no sólo, se configura también en exponente de los principios rectores del procedimiento en los procesos laborales: la inmediatez, la oralidad, la concentración y la celeridad, de los que puede pregonarse, sin necesidad de argumentación alguna, su eficacia garantista en orden a la accesibilidad como cualidad de este proceso. Se han subrayado también a estos efectos¹³¹, los principios de publicidad por la celebración del juicio oral en audiencia pública, en consonancia con el mandato constitucional (art. 120.1)¹³² y el impulso procesal de oficio que, como más adelante se recordará, cuenta ya con casi un siglo de vigencia y sí, efectivamente, así es.

129 Fortaleciendo el principio de oficialidad.

130 «Sistemáticamente, la ubicación es poco afortunada...; mejor hubiera sido situarlo en el art. 87 antes de la regulación del trámite de conclusiones», LUJÁN ALCARAZ, J. «Artículo 85. Celebración del juicio», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social* (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 536. Sin embargo, y desde la experiencia de un juez «enfadado», esta facultad judicial se contempla con estas palabras: «O sea, tras tragarte la vista entera, podrás ¿suscitar la posibilidad? ¡No por favor, después del banquete hay que hacer la digestión y no volver al primer plato! Si hubo juicio, habrá sentencia. Solo faltaba que tras ese esfuerzo cotidiano tan desesperante a veces, suscites la posibilidad pidiéndoselo de modo tan delicado no sea que alguien se enfade, te diga que no, y quedes mal.», MECERREYES JIMÉNEZ, M., «No concilies, que es peor. Sobre el art. 85.8 de la LRJS», *Boletín Digital Social*, N° 6, julio 2016, AJFV, p. 8.

131 *Ut supra*.

132 Al que se calificó «como un derecho de ciudadanía, de modo que cualquiera no interesado en la litis puede asistir al juicio, y con más motivo los remotamente interesados, aunque no sean parte en el pleito, por los efectos que pueda producir en futuras reclamaciones de idéntico objeto, pues las relaciones de trabajo son «relaciones de masa» donde son frecuentes procesos sobre asuntos típicos, cuyo desarrollo y evolución pueden producir efectos más allá del marco de la instancia, y así, mediante la publicidad, se permite el acceso a esos terceros, que a través del juicio pueden conocer los derechos que pudieran corresponderles.» RODRÍGUEZ MOLERO, A., «La protección judicial...», cit., p. 47.

Puede sumarse otro dato, en absoluto desdeñable. Son las *costas procesales*. La sentencia dictada en la instancia (art. 97. 3 LJS), posibilita su imposición en concepto de honorarios de los abogados y graduados sociales con un máximo de seiscientos euros, pero sólo si el condenado fuera el empresario y si, además, hubiera decidido imponerle una sanción pecuniaria conforme a lo previsto en el art. 75.4 LJS. No cabe duda que saber que la incoación del proceso, aún viendo desestimada la demanda, no implica en ningún caso condena en costas en la instancia alienta en su acceso¹³³. Es cierto, no obstante, que el actor más frecuente –trabajador y beneficiario de la Seguridad Social- puede terminar sufriendo –tras el correspondiente procedimiento- la imposición de la sanción pecuniaria si la sentencia motiva que obró de mala fe o con temeridad, pero no parece que suela hacerse uso de esta previsión por los juzgadores, puesto que tal decisión implica condiciones sumamente complejas por indeterminadas y subjetivas que requieren ahondar en el caso concreto y concluir, por una vía o por la otra, en un supuesto de abuso en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por último, y en términos controvertidos, hay quienes¹³⁴ han reflexionado sobre la funcionalidad positiva para el acceso al proceso social del pacto de *cuota litis*. Aunque inherente, en su caso, a la opción sobre la forma de postulación de la parte, merece mención separada. Sin ánimo alguno de estudio, reflexión, valoración u opinión, téngase presente que del mismo modo en que no es habitual comparecer por uno mismo, tampoco lo es que el letrado o letrada en este proceso sea asignado por el turno de oficio. Quizás se ajuste más a la realidad otra afirmación: contrastando con los otros órdenes jurisdiccionales, en el social es donde menos letrados de oficio actúan¹³⁵. Además, no hay que olvidar la incidencia que sobre este dato tienen los servicios jurídicos de los Sindicatos que atienden los conflictos individuales, de trabajo y de Seguridad Social, de sus afiliados, por más que la cifra de afiliación sindical haya descendido.

3.2. Los principios del procedimiento judicial social y sus reflejos sobre la sentencia

«Observando los tipos de proceso, los actos que lo componen y las reglas que los disciplinan, se extraen, a partir de determinados rasgos de su configuración, criterios generales que, en este sentido, son pautas inspiradoras de su regulación. Estos criterios, contrapuestos a sus contrarios, ofrecen, con su dialéctica, posibilidades de reflexión y de verificar su grado de aceptación o de cumplimiento, según las especies procesales, tanto en el Derecho interno como en el Derecho comparado. Sirven, también, como orientaciones para el diseño de posibles reformas y, en ocasiones, alcanzan, incluso, reconocimiento constitucional, o legal, como directivas a las que debe sujetarse, en su realización, la legalidad procesal o los actos procesales, en particular»¹³⁶.

133 Y es, así mismo, manifestación del principio de gratuidad para este litigante.

134 TÁRRAGA POVEDA, J., «El pacto de “cuota litis” en el proceso laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm.9/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003\1000). Véase también RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «El pacto de *cuota litis* en la deontología de los abogados», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 25, Ministerio de Justicia-BOE-Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2008-2009, pp. 79-110. Hoy por hoy, es un referente la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 5837/2005).

135 Sólo un 2,5%. Véase X Informe del Observatorio de Justicia Gratuita (<http://www.abogacia.es/wpcontent/uploads/2014/07/X-Observatorio-JJGG-completo-red.pdf>), p. 28.

136 ALMAGRO NOSETE, J y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso civil*, Trivium, Madrid, 1994, p. 188.

Tratando de principios, nadie como MONTERO AROCA¹³⁷ ha insistido siempre y tanto sobre el alcance de la distinción entre los términos procedimiento y proceso, a pesar de su común raíz etimológica y su indiferenciado uso por muchos y por la propia LJS y sus antecesoras. Aún cuando el art. 74 -tanto de las derogadas Leyes de Procedimiento Laboral como de la LJS- se refiere a Principios del proceso para señalar las características o reglas que deben orientar a los jueces, tribunales y letrados de la AJ del orden social en el cumplimiento de sus funciones y competencias, a saber, intermediación, oralidad, concentración y celeridad¹³⁸, y en la interpretación y aplicación de las normas procesales, es sabido y aceptado que éstos son principios (o «formas») del procedimiento judicial social, no del proceso¹³⁹. Por ello, se explican¹⁴⁰ primero los principios opuestos del proceso de declaración: el de necesidad, determinante del proceso penal, y el de oportunidad, del civil, derivándose del último los principios dispositivo, de aportación de parte y dirección formal del proceso, aplicables al proceso laboral.

Gran parte de la eficacia de la actividad jurisdiccional puede medirse por su rapidez en la resolución definitiva de la *litis*, lo que implica, claro está, bastante más que tramitar un proceso sin dilaciones indebidas -art. 24.2 CE-¹⁴¹. La realidad demuestra que en muchas ocasiones la decisión judicial tardía ha convertido el proceso tramitado en algo baldío. Por ello, puede afirmarse que la celeridad opera como estandarte al que sirven los demás principios señalados en el precepto para el procedimiento judicial social, o que la «potencial» rapidez del proceso social se propicia a través de la oralidad, intermediación y concentración, en su tramitación. No obstante, la celeridad se viene considerando como el resultado de los otros principios, especialmente, del de oralidad, que ha dejado de ser característica exclusiva del orden social en relación con los órdenes contencioso-administrativo y civil. Dicho de una u otra forma, en ningún caso es contradictorio, se trata tan sólo de expresar de forma invertida la misma idea.

Vigente la LECA se ensalzaba el proceso social, frente al civil y al contencioso-administrativo, por ser el único de ellos que cumplía las directrices constitucionales -«el procedimiento será

137 «Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actividad jurisdiccional. (...) 1. La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso, 2. Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional, 3. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento, 4. Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente), y 5. Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos.», MONTERO AROCA, J. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 59.

138 «...es en la doctrina científica y en la jurisprudencia donde se gestan la práctica totalidad de los principios... Lo que ha hecho el art. 74 es incorporar, de forma incompleta, esa elaboración jurisprudencial y doctrinal para reconocer el carácter vinculante de los principios del procedimiento para los jueces...», DESDENTADO BONETE, A., «Artículo 74. Principios del proceso», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013, p. 391.

139 Sobre la distinta terminología asignada por la doctrina iuslaboralista, véase VALLE MUÑOZ, F.A., «Los principios rectores del proceso laboral: manifestaciones en la LPL y tratamiento jurisprudencial», *Aranzadi Social*, Nº 5, Cizur Menor, 1999, pp. 499-500.

140 MONTERO AROCA, J, CARRATALÁ TERUAL, J.L. y MEDIAVILLA CRUZ, M^a L., *Proceso Laboral Práctico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 277-283.

141 «En todo caso, conviene llamar la atención sobre el hecho de que el mandato constitucional de celeridad de los procesos judiciales va dirigido sustancialmente a los poderes políticos -concretamente al legislativo y al ejecutivo-, que son quienes efectivamente pueden adoptar las medidas necesarias para que se haga realidad cotidiana la rapidez en la actuación de la justicia.», CRUZ VILLALÓN, J., *Lecturas...*, cit., p. 226.

predominantemente oral...», art. 120.2 CE- y orgánicas, aunque, en realidad, estos principios o características procedimentales se mantienen desde la creación de los TI¹⁴². No obstante, el origen del actual art. 74 de la LJS se encuentra en la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de procedimiento Laboral (Base 16^a) que ordenaba la regulación de un proceso común inspirado en los principios de inmediación, oralidad, concentración y oralidad. Los mismos y en idéntico orden que en la actual normativa y en las que le precedieron. Posición, además, que seguimos a continuación¹⁴³ para tratar sus manifestaciones más relevantes en el *iter* procesal de trabajo y considerar, también, sus ventajas y algunos inconvenientes. Por último, y a propósito de la rapidez o celeridad en la culminación del proceso como exponente de su eficacia, destacaremos las excepciones, muchas veces inevitables, que atemperan esta cualidad en la tarea jurisdiccional social. En todo caso, resulta innegable, tal y como se ha analizado¹⁴⁴, que la creciente actividad diaria de la jurisdicción social pone en entredicho distintos aspectos de la clásica concepción de algunos de estos principios¹⁴⁵.

3.2.1. La inmediación

Los dos significados de la cualidad de inmediato: «Contiguo o muy cercano a algo o a alguien» y «Que sucede enseguida, sin tardanza», así como el de inmediación en sentido jurídico: «Presencia de un juez o magistrado en la práctica de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas» que aporta la RAE, aproximan de forma certera a la realidad aplicativa de este principio procedimental en la regulación del proceso social. La relación directa entre el juez y las partes procesales es, a la vista de cualquiera¹⁴⁶, una garantía para obtener una sentencia justa o, al menos, más justa. Puede afirmarse también que la intermediación del asistente técnico, en alguna medida, la desvirtúa. Así mismo, es evidente que la inmediación, cuando el lenguaje es verbal, es favorecida por la oralidad y podría pensarse que ésta, a su vez, exige aquélla. Sin embargo, un procedimiento oral puede ser mediato y uno escrito, con grandes dificultades, inmediato¹⁴⁷. Además, la oralidad facilita la concentración de actos procesales, con lo que se alcanza un mayor éxito en materia de celeridad.

142 SANCHEZ PEGO, F.J., «Los principios del proceso enunciados en el art. 74 de la Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Laboral* Nº 45, SEMANA 3-9 DICIEMBRE 1990, pp. 562.

143 Aunque todos ellos «vienen unidos funcionalmente», GOERLICH PESET, J.M., «Artículo 74. Principios del proceso», en AA.VV., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con...*, cit., p. 519.

144 GONZÁLEZ BIEDMA, E., «“Buenas prácticas” y crisis de los principios del proceso laboral», en AA.VV., *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)* (Dir. RAMÍREZ BENDALA, M^a D), Laborum, Murcia, 2015, pp. 239-253.

145 Sin embargo, considero imprescindible la lectura y cita de ciertos trabajos doctrinales a los que nada resta el tiempo transcurrido tras su elaboración. Se trata, entre otros, de SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «El proceso laboral: principios informadores» en AA.VV., *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Coords. DE BUEN LOZANO, N y MORGANO VALENZANO, E), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, pp. 823-834., RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Sobre los principios informadores del proceso social», en *Derecho del Trabajo y Proceso*, Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972, pp. 21-82.

146 Quien no ha dialogado más de una vez incluyendo expresiones como «mírame» y/o «escúchame» con el afán de asegurarse de que la comunicación era efectiva.

147 CHAMORRO LADRÓN DE CEGANA, J.A., «Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 2, Universidad de Extremadura, Extremadura, 1983, p. 533.

Ni la CE ni la LOPJ mencionan este principio. Quizás en la Norma suprema¹⁴⁸ por su carácter palmario o inclusión implícita en el de oralidad, y en la segunda¹⁴⁹ porque ya se hace manifiesto sin necesidad de cita expresa¹⁵⁰. Por su parte, la LEC dispone en su art. 137. 1 y 2, que los Jueces y los Magistrados del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente, y que las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto.

Se identifica, por tanto, la inmediación con la presencia y/o intervención del juzgador en las actuaciones procesales, enfatizándose en los trámites de alegaciones y prueba de las partes. Se distinguen así dos vertientes en su ineludible práctica: la pasiva, como simple contacto directo del juez con las fuentes de conocimiento judicial, y la activa, a través de la que el juez interactúa con esas fuentes ejerciendo funciones de dirección del debate y, en su caso, haciendo uso de su iniciativa probatoria¹⁵¹. También es importante reparar en que de entre los medios de prueba, es en el reconocimiento judicial donde esta institución «toma carta de naturaleza»¹⁵².

Se ha dicho¹⁵³ que se trata de «una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes», y recientemente se ha recordado¹⁵⁴: «... que el principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La inmediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la inmediación es presupuesto sine qua non para la contradicción. Y no falta un nexo –no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio– entre la inmediación y

148 «...ese aparente desvalor comparativo se vio superado prontamente a través de la actuación exegética del Tribunal Constitucional que en su doctrina incorpora el principio de inmediación al elenco de garantías integrantes del debido proceso, gozando pues de la protección que le depara el amparo constitucional», CABEZUDO RODRIGUEZ, N., «Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto.», en AA.VV., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol. II, (CARPI, F. y ORTELLS RAMOS, M. P., ed. Lit.), Universidad de Valencia, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Valencia, 2008, p. 320.

149 «Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.» (art. 229.2 LOPJ).

150 CHAMORRO LADRÓN DE CEGANA, J.A., «Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil...», cit., p. 564.

151 CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

152 GONZÁLEZ-MONTES, J.L., «La prueba de reconocimiento judicial: admisión y práctica en el proceso civil», *Economist & Jurist*, N° 161, 2012, p.14. (<http://www.economistjurist.es/>).

153 DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO-GIMÉNEZ, I., Y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 76

154 STS, Sala Penal, de 17 de marzo de 2015, (Rec. 1828/2014), FJ 2º. Con ocasión de la valoración de la videoconferencia como medio válido e instrumento útil de incorporación de la prueba a la fase oral. Resulta muy interesante la lectura de AMONI REVERÓN, G.A., «El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal», *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 31, 2013.

la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia». Y así es, puesto que el principio de publicidad procesal consagrado en la CE: «Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento» -art. 120.1-, persigue este fin.

La LJS rubrica con este principio su art. 98, tras regular la forma de la sentencia («... apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión...» -art 97.2-). Dispone en él, que si el juez que presidió el acto del juicio no puede dictarla, éste se celebrará de nuevo, y cuando sea funcionalmente competente una Sala se verá de nuevo el asunto, sustituyendo al magistrado que resultó impedido, si éste no puede votar y tampoco hay votos bastantes para constituir la mayoría exigida legalmente (arts. 257 y 258 LOPJ)¹⁵⁵. En coherencia con todo ello, el recurso de suplicación sólo puede aspirar a la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas (art. 193.b), y el de casación a remediar el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (art. 207.d).

La inmediación se constituye así en una garantía constitucional (art. 24.2 CE) –cuya infracción determina la nulidad de pleno derecho de las actuaciones, ex art. 137.4 LEC- que bien utilizada, a través de la presencia del juzgador y de su interacción directa con los demás sujetos que intervienen en el juicio oral, potencia el objetivo de la «verdad material» y, con él, el de la justicia material. A pesar de sus virtudes, no debe dejar de recordarse que los jueces como cualquier ser humano son vulnerables a los subjetivos y complejos resultados de la percepción¹⁵⁶, razón por la que la justificación o motivación de sus resoluciones adquiere un papel nuclear, sin perjuicio del necesario respeto al resto de las reglas procesales¹⁵⁷. La sentencia de instancia refleja a través de los hechos declarados probados la convicción alcanzada por el juzgador por medio del resultado de las pruebas practicadas, y su justificación o motivación fáctica, contenida en los fundamentos de derecho de la resolución, revela –o al menos debe hacerlo- las reglas que ha aplicado para alcanzar aquella convicción.

Excluyendo el proceso penal -donde el análisis de la inmediación requiere un riguroso examen sobre la quiebra y exigencias que operan sus fases de instrucción o sumario y de juicio oral-, del resto de procesos de los órdenes jurisdiccionales: civil, contencioso-administrativo y social, es el último el que corona este instrumento. De hecho en el proceso civil sigue relativizándose su aplicación en función de la perspectiva a interpretar. En este sentido el TC considera que desde

155 «En cambio, según el criterio que viene aplicando el Consejo General del Poder Judicial, para resolver un posible *recurso o solicitud de aclaración* contra sentencia, es decir, para las actuaciones complementarias posteriores que no precisen emitir un pronunciamiento jurisdiccional pleno, no es imprescindible que intervenga el mismo Magistrado que la dictó, sino que puede resolver al respecto quien ostente la titularidad del órgano judicial en ese momento...(Acuerdo del Pleno del Consejo General de 17 de marzo de 1997).», FOLGUERA CRESPO, J.A., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (Dir. FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA M^a. L), Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 346.

156 Aunque referido a la justicia penal, es sumamente esclarecedor y directo el trabajo de ANDRÉS IBAÑEZ, P., «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la democracia*, N° 46, 2003, pp. 57-66.

157 La casi inevitable tendencia humana a «juzgar y etiquetar» a los demás, también está presente en el quehacer jurisdiccional.

el punto de vista de los medios objetivos de conocimiento en que se respalda el juzgador «sólo cuando la aportación verbal no presenciada exija un contacto directo para adquirir conocimiento de causa sobre los elementos fácticos a debate y en ella concernidos y se constituya en la única que fundamenta la resolución impugnada, o se constate, a partir de su propia motivación, que es esencial para llegar a la conclusión de hecho de la que se parte, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) impondrá (también extramuros del proceso penal) la intermediación judicial de quien dicte el pronunciamiento. De suerte que, de ser el caso, será inexcusable o bien la repetición de la vista o de la diligencia de prueba correspondiente ante el Juez sentenciador, o cuando menos la reproducción del soporte audiovisual (si existiera) o la lectura del acta que documente la práctica de la prueba en presencia de los declarantes y ante el nuevo juzgador que se dispone a su valoración, pues así podrá apreciarla directamente ante ellos e intervenir en relación con la misma –con los límites que exige su neutralidad y con el designio de comprobar la certeza de elementos de hecho–, percibiendo la reacción de aquellos acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a llevarla a cabo»¹⁵⁸.

La máxima expresión del principio referida al juicio oral, con sus correspondientes trámites de alegaciones, prueba y conclusiones de las partes, no excluye otras manifestaciones de la intermediación en diferentes momentos procesales, incluso anteriores a la incoación del proceso concreto. Así sucede en relación con los actos preparatorios (arts. 76 y 77 LJS) y con la práctica anticipada de prueba antes de la interposición de la demanda (art. 78.1 LJS). O iniciado el proceso, en la práctica anticipada de pruebas que no puedan ser realizadas en el juicio oral (art. 78.2 LJS). Así mismo, tras el juicio oral si se acuerda la práctica de pruebas como diligencias finales (art. 88 LJS), y en diversas cuestiones incidentales, con sus correspondientes comparecencias, que se promuevan en ejecución provisional o definitiva y deban resolverse mediante auto.

3.2.2. La oralidad

Pocos operadores jurídicos mantendrán actualmente la opinión o la sensación de que la primacía de la oralidad procesal constituye un nivel «inferior» en la práctica forense, en comparación con la escrituraria. Sin embargo, cierto poso al respecto queda todavía si se recuerda que era una minoría la población que en otros momentos históricos no tan lejanos, y en nuestro entorno, accedía al conocimiento del lenguaje escrito. En cualquier caso, su consagración constitucional (art. 120.2 CE)¹⁵⁹ y orgánica (art. 229.1 LOPJ) «zanja cualquier posible debate *de lege data* en nuestro ordenamiento»¹⁶⁰. A nadie se le escapa que la oralidad de los actos procesales –acompañada de inevitables y garantistas excepciones– fomenta y consiente la concentración, la intermediación y, lo más reclamado en el mundo jurisdiccional, la celeridad. También, está

158 STC 177/2014, F.J. 5º.

159 «...no se impone constitucionalmente una oralidad drásticamente pura en ningún caso, pues en ese sentido actúa como severo correctivo el adverbio “*predominantemente*”...el precepto sí zanja que todo tipo de procedimiento, sea o no penal, deberá hallarse dominado por esta modalidad de exteriorización.», SANCHEZ ÁLVAREZ, E., «El encaje de los principios procedimentales del art. 74 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social con la estructuración orgánica del secretario judicial y sus potestades intraprocesales», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 32, Iustel, 2014, p. 19.

160 SANCHEZ PEGO, F.J., «Los principios del proceso enunciados en el art. 74 de la Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Laboral*, Nº 45, semana 3-9 diciembre 1990, p. 563.

más que demostrado que una buena oratoria¹⁶¹, clara, concisa, coherente, sencilla y natural conlleva no sólo un indudable factor persuasivo¹⁶² sino otras capacidades, a las que en pocas ocasiones escapan los juzgadores. No obstante, es crucial no olvidar la esencial trascendencia que la demanda laboral, primer acto procesal, de parte, escrito y con el que se inicia el proceso, tiene para la decisión judicial. Además, otras actuaciones y actos procesales, aún practicándose oralmente, deben al fin documentarse. Por ello, la doctrina es unánime hace décadas al afirmar que el procedimiento social es predominantemente oral¹⁶³, y que actúa en la instancia, no en los recursos. El juicio oral es su máximo exponente aunque, como es sabido, hay medios de prueba que no pueden ser orales. No es en absoluto casual que la prueba documental y la pericial sean las únicas que potencialmente autorizan la revisión de hechos probados en el recurso de suplicación. La contestación, la reconvencción, que no es sino otra demanda, son verbales, y algunas sentencias y los autos tras la comparecencia en cualquier incidente también pueden serlo (arts. 50 y 51 LJS).

3.2.3. La concentración

La concentración se enmarca en la teoría general de los actos procesales. Este principio encuentra su antagonico en el de preclusión¹⁶⁴ que, tradicionalmente asociado al trámite escrito, implica una secuencia de actos o actuaciones cerradas para dar paso a la siguiente o, simplemente la fragmentación de aquéllos. Hay concentración cuando los actos que componen la serie se suceden sin solución de continuidad¹⁶⁵ o cuando aquéllos no se separan por plazos interruptivos¹⁶⁶, por lo que su aplicación pone de manifiesto el principio de unidad de acto o su realización en una sola audiencia. Su expresión emblemática la aporta el juicio oral –es decir, rige en la instancia–, como se ha dicho, y aunque una vez iniciado se suspenda, su continuación no genera un nuevo acto, sino la continuación de aquél¹⁶⁷.

Antes de abordar un sucinto paseo por la LJS para recordar los vigentes frutos de su inspiración, debe recordarse que la aplicación del principio en el juicio oral laboral puede originar cierta inquietud en algunos operadores jurídicos, sólo aliviada por la confianza que suelen inspirar los juzgadores por el principio *iura novit curia* y por la demostrada mayoritaria calidad de su tarea decisoria. Sin embargo, como acertadamente se señalará¹⁶⁸, «el proceso laboral requiere una concentración en el tiempo de los diversos actos, aún con el riesgo de no conseguir un debate completo y detenido del asunto y una aportación exhaustiva de todos los elementos

161 Véase FERNÁNDEZ LEÓN, O., *Con la Venia, Manual de Oratoria para Abogados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

162 Véase MONTESANO, LUIS A. I., «Ventajas e inconvenientes de la oralidad y del modelo oral de juicio», La Ley (Directorio de Abogados), también RAMOS, F., «El discurso persuasivo como elemento esencial del acto protocolario: del clasicismo a la eficacia moderna», IX Congreso Internacional de Protocolo XV Congreso Nacional do Ceremonial Público, OICP, Sau Paulo, noviembre 2008.

163 VALLE MUÑOZ, F. A., «Los principios rectores del proceso laboral: manifestaciones en la LPL y tratamiento jurisprudencial», *Aranzadi Social*, N° 5, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 503.

164 No coincide esta acepción por tanto con diversas reglas o plazos preclusivos que cierran sin paliativos generalmente actuaciones o incluso pretensiones.

165 MONEREO PÉREZ, J.L. y Otros, *Manual de Derecho Procesal de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 81.

166 MONTOYA MELGAR, A. y Otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 77.

167 STC 130/1989, F.J. 2°.

168 RODRIGUEZ PIÑERO, M., «Sobre los principios informadores del proceso de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969, p. 62.

necesarios y convenientes». A este respecto, y consciente el legislador de las –si se me permite– «prisas» del juicio laboral, faculta al juez o tribunal para que incluso habiendo concluido el acto, sustancie con las partes mediante audiencia escrita posibles alegaciones incompletas, incorrectas o necesarias por conexión con la pretensión, o conclusiones sobre prueba documental o pericial «de extraordinario volumen o complejidad» (art. 87. 3 y 6 LJS, respectivamente). En la balanza, el beneficio es superior al riesgo. Tampoco se contradice con la concentración, la existencia de actuaciones previas (prueba anticipada *ex* art. 78 LJS) o posteriores (diligencias finales –art. 88 LJS–) al juicio oral¹⁶⁹.

Deben anudarse¹⁷⁰ a este principio las reglas de no suspensión del proceso (art. 4.2 LJS) y sus contadas excepciones. En especial las que afectan al juicio oral, respecto al que la unidad de acto sólo cede ante los supuestos de los artículos 86 en relación con el art. 4. 3 y 4, y del art. 87.1 basados, respectivamente, en la prejudicialidad penal por falsedad documental y en la admisión de pruebas que requieran la traslación del órgano judicial fuera de la sede judicial para el desarrollo de la prueba. Tras el juicio oral, pueden señalarse otras previsiones que posibilitan la suspensión del término para dictar sentencia. Pero serán advertidas en el epígrafe correspondiente a las excepciones a la celeridad, entre ellas la cuestión prejudicial planteada por el juzgador ante el TJUE.

3.2.4. La celeridad

La prontitud, la vitalidad o la agilidad, y la ausencia de demoras, retrasos o dilaciones constituyen un objetivo en cualquier actividad administrativa, no sólo en la judicial. Su conquista se considera una consecuencia de otras herramientas procedimentales, en concreto de la oralidad y de la concentración, pero la propia opinión pública¹⁷¹ observa y comprende que la justicia rápida, requiere un mayor número de órganos jurisdiccionales y, además, algo que se da por hecho simultáneamente: la especialización y la calidad jurídica decisoria de los juzgadores. La celeridad procesal encuentra su sostén en la garantía constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁷² –art. 24.2 CE–, concebido con carácter autónomo respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y con indudables conexiones entre ellos¹⁷³, pero esta característica procesal se ha observado legalmente mucho antes de que la Norma Magna le otorgase este rango. Gran parte de la doctrina constitucional sobre este derecho se ha conformado a través de recursos de amparo planteados en relación con procesos penales. Aunque es en el contencioso-administrativo donde más amparos se solicitan por lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁷⁴.

169 GOERLICH PESET, J.M., «Artículo 74. Principios del proceso», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora...*, cit., p. 519.

170 CAVAS MARTINEZ, F., «Artículo 74. Principios del proceso», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A. V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 441-442.

171 «La celeridad procesal está vinculada, antes de todo, a la esencia de los derechos humanos. Esto porque la vida humana es breve y los conflictos sociales deben ser solucionados lo más temprano posible para que el Derecho cumpla su función de estabilizador de expectativas individuales y colectivas (Luhmann, 2009)», CALLEGARI, J.A., «Celeridad procesal y razonable duración del proceso», *Revista Derecho y Ciencias Sociales* N° 5, octubre 2011, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología jurídica. FCJ y S. UNLP, p. 124.

172 Por lo que puede considerarse más un derecho subjetivo de rango constitucional, que un principio. VALLE MUÑOZ, F. A., «Los principios rectores del proceso laboral...», cit., p. 511.

173 STC 142/2010, F.J. 2º.

174 SSTC 129/2016, 103/2016, 89/2016, 77/2016, 76/2016, 75/2016, 63/2016, 88/2015, 87/2015, 74/2015, 99/2014,

Los procesos civiles también han dado al TC la oportunidad de pronunciarse al respecto, y puede decirse que los de trabajo en una muy destacada menor medida¹⁷⁵. Una vez que el TC estableció de forma categórica que dilación indebida no equivale a incumplimiento de los plazos procesales, la oportunidad en la concesión del amparo viene girando en torno al análisis, en el caso concreto, de lo que ha de entenderse por «plazo razonable» o, mejor, por «tiempo razonable». Puede tomarse como referente la STC 54/2014¹⁷⁶ en la que se reitera y recuerda las pautas de su doctrina. Así, la configuración de este derecho como concepto jurídico indeterminado y, por tanto, su imprecisión, exige examinar cada supuesto en atención a cinco criterios: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los procesos del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la de las autoridades¹⁷⁷.

De la mano de la legalidad procedimental social, la celeridad procesal «cuenta» con muchos aliados. Los plazos son perentorios e improrrogables, y sólo podrán suspenderse y abrirse de nuevo en los casos taxativamente establecidos (art. 43.3 LJS). Tanto para la tutela declarativa como para el recurso y para la ejecución, los días del mes de agosto son hábiles en los conflictos más frecuentes del proceso de trabajo: despido, extinción causal del contrato, despido colectivo, por causas objetivas, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, impugnación de altas médicas, fecha de disfrute de vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas y para las acciones laborales de protección contra la violencia de género. También lo son para adoptar actos preparatorios, medidas cautelares y para cualesquiera otras actuaciones directamente tendentes a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o que de no adoptarse pudieran producir un perjuicio de difícil reparación. Para asegurar la efectividad de una resolución judicial, podrán habilitarse días y horas inhábiles (art. 43.4, 5 y 6).

La *supresión de la reclamación administrativa previa* para judicializar conflictos derivados del contrato de trabajo con el empleador público agiliza su resolución y excluye la necesidad de subsanación por incumplimiento de un trámite pre-procesal desaparecido (arts. 69 y 70 LJS). En relación con ello, y ya con un diverso tratamiento legal, los procesos exceptuados de la conciliación o mediación previas (art. 64 LJS) alcanzan el mismo efecto, habiéndose además ampliado el grupo de los exceptuados.

La *acumulación de «acciones»*, mejor de pretensiones, (arts. 25 y 26 LJS) y la acumulación de procesos (arts. 28 a 32 LJS) que tienen su fundamento en los principios de economía y armonía

todas ellas por demora, como poco, superior a año y medio para celebrar la vista del juicio en procedimiento abreviado.

175 SSTC 139/1990, 49/1991, 73/1992, 114/1992, 132/1994, 125/1999.

176 F.J. 4º. En la que, como en las señaladas en nota pp. 174, se otorga el amparo porque la celebración de la vista en un procedimiento abreviado contencioso-administrativo tuvo lugar más de dos años después de iniciarse el proceso.

177 «...por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso.» F.J. 6º.

procesales¹⁷⁸, aportando con el último seguridad jurídica y, en todo caso, celeridad¹⁷⁹ puesto que el efecto de ambas instituciones consiste en discutirse y resolverse conjuntamente todas las cuestiones planteadas (art. 35 LJS) o lo que es igual, en un mismo juicio oral y en una única sentencia, decidir todas las pretensiones acumuladas originariamente o de forma sobrevenida, se constituyen en un exponente claro del principio.

La posibilidad, aunque limitada, de pronunciar *sentencias orales* (art. 50 LJS)¹⁸⁰ –supuesto distinto al mero pronunciamiento verbal del fallo anticipado– por los juzgados de lo social, y sólo por ellos¹⁸¹, y la previsión de que las partes queden notificadas de las mismas en ese acto, con instrucción del recurso y, en su caso, adquiriendo también aquélla firmeza, en coherencia no sólo con el principio de celeridad sino también con el resto de las características del procedimiento laboral, es de necesaria mención, sin perjuicio de que esta práctica sea realmente ocasional.

Así mismo, ciertas prevenciones de la LJS sobre los *actos de comunicación* propician la celeridad, junto con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El art. 53, sobre indicación del lugar de las comunicaciones remite a las previsiones de la LEC, con las especialidades de la LJS y con un cierre garantizador que impone «agotarse todas las posibles vías existentes para lograr la efectividad de las notificaciones» (apdo. 1º). Sin embargo, como se verá después, el papel de las partes a estos efectos, especialmente de la actora con el escrito de demanda, puede también convertirse de forma voluntaria o no, en una excepción a la celeridad. A continuación, el art. 54, sobre «Tiempo de las comunicaciones» también favorece la agilización del procedimiento social, superando las previsiones de la LEC (art. 151.1 «en el plazo máximo de tres días»). Se dispone en su apdo. 1º que «las resoluciones procesales se notificarán en el mismo día de su fecha, o de la publicación en su caso, a todos los que sean parte en el juicio, y no siendo posible en el día hábil siguiente». Su cumplimiento puede garantizarse mediante los nuevos sistemas de comunicación telemática pero sólo en el caso, que realmente es el más común, de que se comparezca con asistencia técnica, en caso contrario, dependerá de que en la demanda se haya facilitado o no un número de fax o una dirección electrónica [art. 80.1 e)] y de la voluntad y honestidad de la parte respecto a su recepción¹⁸².

Los *plazos* asignados en la LJS a muy diversas actuaciones procesales también merecen mención. En relación con el ejercicio de la tutela judicial, los plazos para la *interposición de la demanda* en muchas de las modalidades procesales, además más frecuentes, es de 20 días de caducidad: despido disciplinario (art. 103), impugnación de sanciones impuestas por la empleadora al trabajador (art. 114), extinción del contrato por causas objetivas (art. 121), impugnación de despido colectivo (art. 124. 6), fecha de disfrute de vacaciones, cuándo esté precisada (art. 125), movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del

178 ARAGÓN GÓMEZ, C., «Artículo 25. Requisitos de la acumulación objetiva y subjetiva de acciones y reconvencción», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada...*, cit., p. 264.

179 «...se han recogido importantes novedades respecto de la acumulación de acciones, todas ellas tendentes a garantizar una mayor coherencia en la respuesta judicial, eficiencia y agilidad en la resolución de los litigios que se planteen ante la jurisdicción social...», Preámbulo, VI, de la LJS.

180 Que se analizará con precisión en el Capítulo II, al tratar sobre Clases de sentencias.

181 LUJÁN ALCARAZ, J., «Artículo 50. Sentencias orales», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*. (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), pp. 329-330.

182 No obstante, véase en p. 43 el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Cuarta del TS.

contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 138), ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente (art. 139), impugnación de altas médicas (art. 71) y, en ocasiones, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 179.2).

Repárese en el plazo de tres días para la *admisión de la demanda* por el letrado J directamente o tras el trámite de subsanación en el plazo general también breve de cuatro días (art. 81 LJS), el señalamiento en la misma resolución de admisión de los actos de conciliación y juicio oral (art. 82) a lo se ha añadido el «deber de conciliar las agendas»¹⁸³ para que conforme a los criterios del art. 182 de la LEC –sobre señalamiento de vistas- se procure fijar el mismo día para los mismos interesados en pretensiones no acumulables, relacionar los que precisen de conciliación previa con los exentos de ella y, especialmente agrupar y señalar consecutivamente los que requieran la presencia del Ministerio Fiscal, abogado del Estado y letrados de otras Administraciones Públicas. También en los plazos de cinco días para señalarse estos actos, en procesos sobre fecha de disfrute de vacaciones (art. 126), en la modalidad *ex art.* 138, en la del art. 139, en la de impugnación de alta médica [art. 140. 3 b)]. En el mismo plazo se celebrará el juicio en los procesos sobre materia electoral (arts. 132. 1 b) y 135), en conflicto colectivo (art. 160.1), para tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 181.1 –plazo en este caso «improrrogable»-).

Además, el *carácter urgente y/o preferente de algunas modalidades procesales* que prioriza el señalamiento del juicio oral en relación con otros procesos y reduce el plazo para dictar sentencia. Así es en el despido colectivo (art. 124.8 LJS), en fecha de disfrute de vacaciones (art. 126), tramitación urgente en impugnación de laudos (art. 132.1) e impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro y de la certificación de la representatividad sindical (art. 135), procedimiento urgente y tramitación preferente para movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 138.5), así como para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar o laboral (art. 139.1 b), para el proceso de impugnación de alta médica (art. 140.3 b), para los conflictos colectivos con preferencia sobre todos salvo sobre los de tutela (art. 159), en el de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, además de la urgencia, la preferencia se enfatiza «respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal» y se extiende a la resolución de los recursos (art. 179.1), previsiones, las últimas, que habrán de trasladarse a las modalidades del art. 184 cuando la tutela deba realizarse a través de ellas (art. 178.2).

Puede señalarse también la *prohibición de reservas de liquidación* (art. 99) para la ejecución cuando la sentencia pueda incluir condena al pago de cantidad, y, desde luego, los reducidos *plazos para dictar sentencia*: cinco días siguientes a la celebración del juicio para el despido colectivo (art. 124.11), para impugnar las decisiones del art. 138, tres días para fecha de disfrute de vacaciones (art. 126), para la impugnación de laudos (art. 132.1 b), de la resolución administrativa que deniegue el registro de actas de elecciones y de certificaciones de la representatividad sindical (art. 135.3), para las derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 139.1 b), impugnación de alta médica (art. 140.3 c), conflicto colectivo (art. 160.2), impugnación de convenios colectivos (art. 166.2) y tutela de derechos fundamentales (art. 181.3).

183 MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la nueva Ley...*, cit., p. 144, desarrollado en las pp.175-176.

También la *ejecutividad inmediata de la sentencia*, aún siendo recurrida, asiste a través de la celeridad a la efectividad de la tutela judicial en la correspondiente, en su caso, readmisión tras la sentencia por despido (art. 297.1 y 2), en la ejecución provisional de sentencias que declaran el derecho a prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social (art. 294.1), la ejecutividad inmediata para las sentencias dictadas en la modalidad del art. 138 (apdo. 6º), para la del art. 139 (apdo. 1 b), para las de conflicto colectivo (art. 160.4) y para las de impugnación de conflictos colectivos (art. 166.2).

De gran importancia, a efectos de zanjar o disuadir de maniobras dilatorias a las partes, es la regulación de sus *deberes procesales* (art. 75 LJS¹⁸⁴). Se asigna en él a los órganos jurisdiccionales facultades de rechazo y corrección así como sancionadoras vinculadas a aquéllas maniobras, también a las abusivas o fraudulentas, a la mala fe, temeridad e incumplimiento de las obligaciones de colaboración y de las resoluciones procesales.

Se pueden sumar un buen número más de aspectos propios del proceso social cuyo objetivo indiscutible es fomentar y garantizar la agilización en su culminación con sentencia firme. Como se viene haciendo en el presente epígrafe, sus referencias son apenas menciones puesto que un desarrollo exhaustivo no se corresponde a este trabajo y ampliaría, quizás innecesariamente, el tamaño del texto. Sin embargo, no deben obviarse algunos otros. El régimen jurídico sobre acumulación de pretensiones y de procesos –sin excluir la de recursos y ejecuciones– tiene una gran significación, y no sólo en materia de celeridad, como se analizará en el Capítulo siguiente. Puede destacarse, por ahora, la novedad atinente a los procesos derivados de accidente de trabajo y de enfermedad profesional y, sin duda, la disposición general del art. 102. 2 LJS que encabeza la regulación de las modalidades procesales, disponiendo que si se advierte inadecuación de procedimiento se procederá a dar al asunto la tramitación oportuna según las pretensiones, al margen de la expresada en la demanda, y sin que proceda el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por esta cuestión procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación o cuando la actora «se enroque» en la modalidad inadecuada.

El proceso especial *monitorio* (art. 101), que también se ha destacado como factor de accesibilidad, las *restricciones a la suspensión del juicio oral* (art. 83.1), la celebración de los actos de conciliación y juicio oral en ausencia del demandado sin necesidad de declararle en rebeldía (art. 83.3). Los medios de impugnación en la teoría general del Derecho procesal se observan como elementos, en general, dilatorios y, por ello también pueden incluirse en las excepciones a la celeridad. Sin embargo, *el sistema de recursos* legalmente previsto para el proceso social, en particular los recursos devolutivos de suplicación, casación y casación para la unificación de doctrina, todos ellos extraordinarios por limitar su ámbito de aplicación en las sentencias y autos a través de ellos recurribles, y por su objeto restringido a los legalmente tasados y exclusivos motivos, también contribuyen a poner fin en menor tiempo al proceso. También es claro que disuaden de la utilización de los recursos, cuándo su objetivo es diferir en el tiempo el cumplimiento de una condena, las prescripciones sobre depósitos y consignación del importe de

184 «...el precepto no sólo regula los deberes de las partes sino que también se ocupa de los terceros...no sólo se ocupa de delimitar el alcance de estos deberes sino que con una complicada sistemática y de forma no exenta de problemas interpretativos, regula también los diferentes efectos que pueden surgir del desconocimiento de los indicados deberes.», GOERLICH PESET, J.M., «Artículo 75. Deberes procesales de las partes», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *La Ley Reguladora...*, cit., p. 523.

la condena inherentes a ellos (arts. 229 y 230).

El último exponente que se señala aquí –y que por supuesto no implica el cierre de una lista completa, como se ha advertido- se refiere a los periodos de posible exclusión para el cómputo del tiempo que exceda de los 90 días hábiles en reclamaciones al Estado de salarios de tramitación tras sentencia firme que declare el despido improcedente (art. 119 LJS)¹⁸⁵. El precepto posibilita el descuento, a criterio del juez, de tres intervalos concretos: el tiempo invertido en subsanar la demanda por no acreditar el preceptivo intento de evitación del proceso o por defectos u omisiones de aquélla, el periodo de suspensión del juicio oral a petición de parte y el tiempo de suspensión para acreditar la presentación de querrela criminal por falsedad documental *ex art. Art. 86. 2 LJS*. Realmente, como se trata, en su caso, de distribuir la carga de la condena y los tres periodos de posible deducción para computar el exceso sólo quedan bajo sospecha de maniobra dilatoria para el trabajador, traslada, a mi juicio, la atención a la posibilidad prevista en el último inciso del apartado segundo de la norma. Según él, el juez podrá, excepcionalmente, privar al trabajador del derecho al percibo del exceso si aprecia en su actuación procesal manifiesto abuso de derecho.

Excepciones a la celeridad

Se sigue en este aspecto el *iter* cronológico del conflicto al fin judicializado. Suprimida la reclamación administrativa previa, salvo para demandar en materia de prestaciones de Seguridad Social y para reclamar judicialmente al Estado salarios de tramitación «excesivos» tras la sentencia firme que declara el despido improcedente¹⁸⁶, el agotamiento de la vía administrativa obligatoria como fórmula de *evitación del proceso* ha quedado restringida a la impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, con exclusión de los prestacionales (art. 151 LJS). Sin embargo, el intento de conciliación o mediación previas mantiene su atributo imperativo para iniciar el proceso social frente a sujetos *no públicos*, con tan sólo las excepciones previstas en el art. 64 LJS. Esto implica que, incluso invocando lesión de derechos fundamentales y libertades públicas -con la incontestable urgencia que su tutela precisa y a pesar de las posibles medidas cautelares adoptables- en las demandas de despido y otras causas de extinción del contrato de trabajo (como las de extinción causal *ex art. 50 ET*, cursadas a través del proceso ordinario y tan frecuentes en nuestros días), así como en las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores, se deberá acreditar que previamente se ha seguido el señalado protocolo de evitación del proceso (art. 184 LJS). El panorama actual no sólo discrimina en el rápido acceso al proceso al empleado privado respecto del público, sino que ralentiza el curso del iniciado en el caso de que

185 A pesar de que esta pretensión ha perdido la mayor parte de su operatividad tras la reforma de 2012 que restringiese en gran medida el crédito por salarios de tramitación en el despido improcedente.

186 «Denunciando el tenor equívoco de la rúbrica del artículo 117 de la LRJS, se recuerda que el artículo 7.2 del Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tales reclamaciones, otorga a la resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia la virtualidad de «poner fin a la vía administrativa» -o la silencio administrativo previsto en el art. 8.1 de dicha norma: transcurso de un mes-. Consecuentemente, no habría un recurso de alzada asimilado a solicitud inicial, como sí sucedería respecto de la «vieja» reclamación previa. Entonces, ¿significa esto que aquí sí debe interponerse, a partir de 2 de octubre, reclamación previa o, en otro caso, debe entenderse que el reglamento ha incurrido en un «ultra vires» sobrevenido?», GARCÍA GIMENEZ, M., «¿La reclamación administrativa previa desaparece o solo se transforma?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 405 (diciembre 2016), CEF, Madrid, p. 213.

ante su incumplimiento o irregular cumplimiento el letrado J deba de emplazar a la actora para su acreditación en el singular plazo de quince días (art. 81.3 LJS). No encuentro, como argumentaré en el epígrafe correspondiente del Capítulo siguiente, justificación alguna para mantener, hoy ya de forma distintiva, un rito pre-procesal que, cuando menos, debiera de convertirse en facultativo¹⁸⁷.

Sin embargo, el trámite de *subsanción* general *ex art. 81.1 LJS* a cargo del letrado J, de cuatro días, en relación con los defectos u omisiones de la demanda o ausencia de documentos de preceptiva aportación con ella, o la advertida con carácter previo a la ratificación de la demanda en el juicio oral (art. 85.1), incluso la que pudiera plantearse iniciado éste tras contestar el demandado con cuestiones procesales, o finalizado el juicio, cuando el juez o la Sala repare en alguna que le impida dictar sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa pero subsanable, aunque amplíen la duración del proceso, son, sin duda, previsiones legales coherentes con las garantías y principios constitucionales inherentes a la tutela judicial efectiva, en concreto, con el principio *pro actione* y con el derecho a obtener una sentencia de fondo. Del mismo modo se prevé en la LJS la posibilidad de subsanar defectos formales en los recursos devolutivos (art. 230.5). Específicamente, en el de suplicación (art. 199), en el de casación (arts. 209.1 y 213) y en el de casación para la unificación de doctrina (arts. 222.1 y 225). También es obvio que la nulidad de actuaciones decretada en la instancia (medida excepcional) o a través de la sentencia que resuelve el recurso devolutivo duplica el trámite –muchas veces– pero, como se dice, el sacrificio de la celeridad sirve a intereses superiores.

Los *plazos* señalados para dictar «resolución» no son perentorios e improrrogables, y puede entenderse también que la posibilidad de su suspensión rebasa los casos taxativamente establecidos en las leyes (art. 43. 3 LJS). Así que referida esta excepción a cualquier resolución procesal del letrado J, o judicial del magistrado o de la Sala –precisamente todos los plazos que escapan al control del justiciable– se constituyen, a mi juicio, en una de las principales excepciones del principio de celeridad¹⁸⁸. La inobservancia de estos *plazos «improprios»* no entraña preclusión¹⁸⁹ por lo que a las partes no les queda más opción que esperar a que se realice el acto, sin perjuicio de la posible responsabilidad en que pudiese incurrir el sujeto obligado.

La práctica de los *actos de comunicación* (notificaciones, emplazamientos, citaciones, requerimientos, mandamientos y oficios, *ex art. 149 LEC*) entre los órganos jurisdiccionales y las partes procesales u otros sujetos que necesariamente deban intervenir en el proceso o puedan hacerlo, se ha complicado en ocasiones y, al día de hoy, aún puede hacerlo. Forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva y han sido frecuentemente fiscalizados en amparo por el TC bajo el canon de la indefensión. Sin embargo, también se anudan, bajo el principio de impulso

187 ZAPIRAIN BILBAO, A.I., «La oportunidad de la STC 149/2016 para aplicar la «exportabilidad de las garantías» de tutela de derechos fundamentales a las normas sobre evitación del proceso de la LRJS (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2016, de 19 de septiembre)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 406, CEF, Madrid, 2017.

188 «...la excepción legal comentada peca de restrictiva, pues lo cierto es que no sólo las actuaciones judiciales resolutorias, sino todas ellas, se suelen desenvolver en la práctica, parece que inevitablemente, al margen de las reglas de perentoriedad e improrrogabilidad; otra cosa provocaría la caducidad de los procesos y, a la postre, la denegación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.», MONTROYA MELGAR, A., «Artículo 43. Tiempo de las actuaciones judiciales», en AA.VV., (Coor. SEMPERE NAVARRO, A.V), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, pp. 307-308.

189 MONTERO AROCA, J y OTROS, *Proceso Laboral...*, cit., p. 197.

procesal, a dilaciones que, si no «indebidas», no cumplen el mandato de su tramitación en el más breve tiempo posible. Desde luego en este aspecto, también, hasta ahora ha tenido mucho que ver, en ocasiones, la conducta procesal de todos los sujetos implicados. Seguramente, este tipo de dilación está llamado a desaparecer pero, hoy por hoy, aún es posible.

Las *suspensiones* constituyen otra excepción a la celeridad. Las actuaciones procesales deben practicarse en el término fijado a tal efecto y, salvo los plazos para dictar resolución, son perentorios e improrrogables, así que su suspensión sólo es posible en los casos taxativamente establecidos legalmente (art. 43. 2 y 3 LJS). Entre éstos, pueden destacarse las previsiones sobre suspensión de los actos de conciliación y juicio del art. 83 LJS, la prejudicialidad penal por falsedad documental (art. 86)

El singular *sistema de recursos* en el orden social de la jurisdicción se ha destacado como manifestación de la celeridad pero, inevitablemente y en cualquier orden jurisdiccional, debe reseñarse como una «necesaria» excepción a la celeridad por cuanto la interposición de cualquiera de ellos dilata la tramitación del proceso y difiere la ulterior sentencia firme. No obstante, como se ha señalado, el principio de instancia única que inspira este proceso no es sino otra manifestación de aquélla.

Se ha destacado como virtud principal de la inmediatez –principio favorecedor de la celeridad– que deba dictar sentencia quien celebró el juicio. Pero, aunque favorezca la convicción fáctica del juzgador y con ella la justicia material, la *celebración nuevamente del juicio oral* dilata el proceso. La necesaria, en ocasiones, *retroacción de actuaciones*, fruto de la estimación en recurso devolutivo de un motivo por quebrantamiento de forma, duplica trámite-s del mismo modo que lo hace el auto que decide aquélla en incidente de nulidad de actuaciones. La *oposición en ejecución con recurso de reposición* (art. 246 LJS), la práctica de *diligencias finales*, que también son excepción al principio de concentración.

La cuestión prejudicial ante el TJUE regulada en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que, como es sabido, implica la suspensión o «paralización» del proceso y cumple el objetivo de facilitar la cooperación activa entre los tribunales nacionales y aquél para lograr la aplicación uniforme del Derecho europeo en todos los Estados de Unión europea, prolonga la duración del proceso entre unos doce y quince meses más. Es cierto que entre sus regímenes existen un procedimiento acelerado y un procedimiento de urgencia pero no suele decidirse su aplicación respecto a las solicitudes presentadas por tribunales sociales.

4. Otros modos de terminación del proceso

Para considerar otras fórmulas de terminación del proceso social, distintas a la sentencia contradictoria, como ocurre con la renuncia y el allanamiento –situaciones en las que la preceptiva sentencia vinculada es no contradictoria–, resulta elemental distinguir entre actos de disposición del proceso y actos de disposición de la pretensión, en principio en términos del enjuiciamiento civil o común, cuestión esta coronada por el principio dispositivo¹⁹⁰, indispensable en esta

190 Sus características básicas son las siguientes: la actividad jurisdiccional solo puede iniciarse a instancia de parte interesada, el juez queda limitado por las pretensiones de las partes (necesaria congruencia entre la

regulación¹⁹¹. Los primeros, actos de disposición del proceso, dejan imprejujada la pretensión y no adquieren el efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada material, posibilitando, a salvo de que se produzca la caducidad o prescripción de la acción judicial, la incoación de un segundo proceso con el mismo objeto. Exactamente lo contrario sucede cuando se dispone de la pretensión puesto que con ello se clausura la viabilidad de un ulterior proceso idéntico, aunque la solución del conflicto no sea consecuencia de la decisión judicial. Así la renuncia, la transacción (conciliación, sin perjuicio de su posible impugnación), y el allanamiento total implican la disposición real y definitiva sobre la acción judicial concreta, sobre la pretensión, y tanto si han de ser formalizados por sentencia absolutoria, acta de conciliación judicial firme, o sentencia condenatoria, respectivamente, adquieren fuerza ejecutiva y autorizan la aplicación del efecto excluyente de la cosa juzgada material.

La regulación «Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones» en los artículos 19 a 22, ambos incluidos, de la LEC, da cuenta de ello. Sin embargo, en la LJS se pueden distinguir por estas características: abandera la regulación de la conciliación preceptiva intra-procesal o judicial, «ignora» prácticamente la renuncia, mantiene una endeble regulación del desistimiento, se sostiene, en gran parte, en la LEC para el allanamiento, en su totalidad para la caducidad de la instancia, innova con detalle en el convenio transaccional y se nutre también de la LEC para la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.

4.1. La conciliación judicial o intra-procesal

La conciliación, una de las fórmulas autónomas de resolución de conflictos, ha venido y viene estando íntimamente ligada al proceso de trabajo¹⁹². Su configuración como presupuesto pre-procesal desde su originaria y vigente regulación, y su inclusión en las sucesivas leyes procesales

demanda y la sentencia) y las partes pueden poner fin al proceso en cualquier momento de manera anticipada, mediante renunciaciones, desistimientos, allanamientos o transacciones. VALLE MUÑOZ, F.A., «La incidencia de las facultades probatorias del juez en la disposición del proceso laboral», *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 156/2012, Civitas, Madrid, 2012, p. 83.

191 «...La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla general, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional en beneficio de todos. De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos.» E.M.

192 «La conciliación intentada ante el mismo juez que ha de conocer del pleito, caso de no llegarse a la avenencia, constituye en nuestra normativa procesal una regulación singular. Sin embargo, no lo es con relación a los precedentes normativos anteriores a las Cortes de Cádiz...el oficio de conciliador se atribuyó durante mucho tiempo a los jueces que habían de sentenciar en nuestro Derecho Histórico, hasta el punto de configurarse un verdadero juicio de conciliación, que terminaba con la propuesta de una solución mediadora a las partes...la Instrucción de Corregidores de 15 de mayo de 1788...establecía que los jueces “evitarán en cuanto pudieran los pleitos, procurando que las partes se compongan amistosamente, excusando procesos en todo lo que no sea grave, siempre que pueda verificarse sin perjudicar los derechos legítimos de las partes, para lo cual se valdrán de la persuasión y de todos los medios que les dictase su prudencia, haciéndoles ver el interés que a ellas mismas les resulta y los perjuicios y dispendios inseparables de los litigios, aun cuando se ganen.”», RIVERO LAMAS, J., «La conciliación judicial en los procesos laborales», *Revista de Política Social*, nº 85, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1970, p. 148.

laborales no hizo sino reforzar la confianza del legislador en su eficacia como forma alternativa de finalización de controversias. No obstante en este espacio interesa la regulación que realiza la LJS de la conciliación como acto procesal. Me ocupo aquí, por tanto, de la conciliación judicial, procesal o intra-procesal¹⁹³ que en el procedimiento se pone al servicio de las partes desde el mismo momento en que éste se inicia con la presentación de la demanda -se tratan otros modos de terminación del proceso- y, aunque legalmente es posible hasta antes de dictarse la sentencia, los tribunales la han consentido incluso en fase de recurso devolutivo, sustituyéndose así la sentencia de la instancia o de suplicación o casaciones, no firme, por el acuerdo alcanzado entre las partes¹⁹⁴. Esta posibilidad ya está prevista y regulada en el art. 235 LJS y a ella me referiré más adelante bajo su término legal: «convenio transaccional».

La llamada conciliación administrativa, pre-procesal, prejudicial o extraprocesal será objeto de tratamiento en el Capítulo Segundo, como cuestión-excepción retroactiva (subsancable), entre las posibles incidencias formales que afectan al derecho a una resolución sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

Desde la modificación realizada por la Ley Orgánica 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial¹⁹⁵, el acto de conciliación una vez iniciado el proceso puede celebrarse ante el letrado J o ante el Magistrado del Juzgado de lo Social o Magistrados de las Salas de los TSJ o de la de la Audiencia Nacional, según la respectiva competencia funcional para conocer en la instancia¹⁹⁶. Ante quién tenga lugar, depende exclusivamente del momento en que se formaliza -art. 82.2 LJS-, aunque si se llegase a suspender el juicio oral, y sólo en ese caso, cabrá nueva intervención del letrado J para aprobar el acuerdo entre las partes -art. 84.3 LJS-. El nuevo papel, en esta materia, de los letrados J dio pie a numerosos artículos doctrinales¹⁹⁷ en los que se especulaba sobre las ventajas e inconvenientes de la nueva regulación, sobre el papel mediador de los letrados J en el acto de conciliación judicial y sobre su necesaria formación a ese fin. Se preguntaban también en torno a cómo concretamente se llevaría

193 Para conocer la evolución histórica de la conciliación judicial en el proceso laboral, véase GARCÍA QUIÑONES, J.C., *La conciliación judicial en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 25-28.

194 «En suma, se confía más en las bondades de una solución pactada -aquél mal acuerdo-, que en una respuesta judicial. Y eso pese a convertir -o querer hacerlo al menos- al juez social... en un «Súper-Juez» de garantías. El grueso de las novedades responde más a ese objetivo de rapidez -abreviando o eliminando trámites- y eficacia -favoreciendo transacciones judiciales-», MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. LA LEY, Madrid, 2012, p. 135.

195 Que cumpliendo la previsión del art. 456 (según la nueva redacción que introdujo la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), dotó, en otras, de esta competencia a los letrados AJ: «...cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en...: c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia...».

196 La Sala Cuarta del TS queda fuera a pesar de su competencia para resolver en única instancia, por cuanto objetivamente conoce tan sólo de los procesos de impugnación de actos de Administraciones públicas atribuidos al orden jurisdiccional social cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros (art. 9) LJS), y por todos es sabido que las administraciones públicas no concilian.

197 Véanse GARCÍA ALVAREZ, R., «Mediación y Juzgados de lo social: un encuentro entre alternativas», *Revista del Poder Judicial*, nº 94, 2012, pp.44-52 y TALÉNS VISCONTI, E.E., «El papel del secretario judicial con la nueva Oficina Judicial», *Diario La Ley*, Nº 7886, junio de 2012, Año XXXIII, LA LEY (6949/2012) e IGLESIAS CANLE, I.C., «Formas de solución de conflictos tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre: especial referencia a la conciliación y mediación», *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 20, nº 2: 65-82, 2011, entre otros.

a la práctica, a falta de mayores detalles en la norma¹⁹⁸. Ha quedado demostrado que la previsible descarga de trabajo a los magistrados es una realidad. También que se concilian en este acto, inmediatamente anterior al juicio oral y en una ubicación espacial distinta a las salas de vistas, más conflictos individuales. Se ha subrayado¹⁹⁹, asimismo, que «dar la competencia al Secretario Judicial es una apuesta clara y rotunda en pro de la imparcialidad, en realidad se fortalece máximamente el principio de imparcialidad judicial, pues el Secretario en ningún caso podría resolver en el fondo el objeto de lo conciliado, por lo que se garantiza la neutralidad del proceso».

No obstante en el proceso social ha venido siendo posible, como lo es actualmente, anticipar la celebración de la conciliación ante el letrado J a la fecha de su señalamiento. El art. 82.3 LJS prevé que en las cédulas de citación para los actos de conciliación y juicio oral se incluya esta facultad, entre otros datos informativos. Pero incluso antes, una vez presentada la demanda y conociendo el juzgado concreto al que ha correspondido tras el reparto, pueden las partes acudir a la oficina judicial y solicitar su celebración²⁰⁰. Hay que considerar que no es, en modo alguno, extraño que en ciertos conflictos las partes se pongan de acuerdo para formalizar cuanto antes la conciliación, necesariamente judicial, al objeto de agilizar y, sobre todo, viabilizar al trabajador su posible acceso al FOGASA. Y es que, como es sabido, el art. 33.2 del ET exige que las indemnizaciones por extinción, de las que ulterior y subsidiariamente pueda responder el organismo autónomo, se hayan reconocido en conciliación judicial.

El art. 84 LJS se consagra a la celebración del acto de conciliación previo al juicio oral, pero el art. 85, correspondiente a la celebración del juicio oral, en su apartado 8º también incluye la facultad del juez o tribunal de suscitar «mero recordatorio»²⁰¹ entre ellas la conquista de un acuerdo, tras la práctica de la prueba y antes de volcar sus conclusiones²⁰². Retomando el acto previo al juicio oral, el letrado J intentará la conciliación «llevando a cabo la labor mediadora que le es propia» (art. 84.1 LJS). Pero conciliación y mediación, por más características que compartan, no son la misma cosa. La «mediación intrajudicial» no encuentra hoy por hoy regulación en la LJS, y, en términos generales, este mecanismo se sustenta en «una cultura de diálogo y mecanismos de autocomposición, situando la génesis de la solución en el acercamiento de las partes, y buscando una solución que convenza a las dos partes y solucione definitivamente el conflicto al ganar todos y no uno solo. Esto es esencial en conflictos en los que las partes implicadas necesitan mantener una relación posterior

198 Véase ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «EL papel del secretario judicial en la conciliación laboral tras la reforma de la LPL», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº 3, 2010 (www.riedpa.com).

199 LOZANO GAGO, M., «Principales aspectos de la conciliación laboral», LEGALTODAY, 12 de diciembre DE 2014 (<http://www.legaltoday.com/>). En el mismo sentido, PLAZA GOLVANO, S., «Nuevo rol del Secretario Judicial en la Jurisdicción Laboral: la Conciliación», CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, Madrid, 2010, p. 13.

200 «En cierto modo, el entendimiento que la LRJS hace del proceso es el de ofrecer una continua secuencia de oportunidades para alcanzar solución a la pretensión que ahorre cuantos más trámites mejor del proceso judicial. En realidad...la LRJS crea un *sistema de incentivos* para lograr ese acuerdo –o de dispositivos disuasorios de no alcanzarlo–», MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la nueva Ley...*, cit., pp. 140-141.

201 SEGALÉS FIDALGO, J., «El juicio oral», en AA.VV. *El Proceso Laboral* (Dir. BLASCO PELLICER, A), Tomo I, cit., p. 587.

202 «Esta posibilidad permite a los litigantes evaluar en qué medida el trámite probatorio ha podido reflejar con suficiente claridad el panorama fáctico sobre el que edificaron sus hipótesis y posibilidades de éxito, al tiempo que, precisamente por ello, se revela capaz para evitar pronunciamientos que no resuelvan verdaderamente el sustrato litigioso...», *ut supra*.

viable y permanente, como ocurre en las relaciones laborales»²⁰³. Su implementación en el proceso exigiría reformas legislativas procesales y sustantivas (principio de legalidad), para lo que ya cuenta con apoyo legislativo internacional, europeo y nacional²⁰⁴, y no es ésta una cuestión retomada periódicamente sino en la que se insiste con constancia. El CGPJ ha publicado recientemente una Guía para la práctica de la mediación intrajudicial²⁰⁵ donde se incluyen los protocolos para la civil, familiar, penal, laboral y contencioso-administrativa. En ella se dedican ciertas consideraciones a la conciliación administrativa, que se mencionarán en el Capítulo siguiente, pero hoy por hoy, esta mediación social sólo se ofrece por algunos Juzgados de lo Social de las circunscripciones judiciales de Barcelona, Burgos, Castellón, Granada y Madrid²⁰⁶.

4.2. La renuncia

El art. 20 de la LEC distingue entre la renuncia a la acción ejercitada o derecho en que funde su pretensión la parte actora (originaria y/o reconviniente) y el desistimiento. En el caso de la renuncia, y no siendo ésta legalmente inadmisibile -lo que implicaría disponer por auto la continuación del proceso-, el tribunal dictará sentencia de fondo no contradictoria absolviendo al demandado -situación antónima al allanamiento total de la demandada-. Con carácter general, el art. 6.2 del Código Civil considera inadmisibile la renuncia sobre derechos reconocidos en la ley aplicable que contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a terceros. Este acto unilateral de disposición de la pretensión exige sentencia absolutoria que provoca, tras su firmeza, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material. En consecuencia, la propia demandante cancela la posibilidad de iniciar un nuevo proceso pretendiendo la misma tutela. La trascendencia de sus efectos sobre el derecho o interés legítimo en cuestión, implica exigencias más severas que el desistimiento. Supone un abandono definitivo e irrevocable de la pretensión. Así que esta declaración de voluntad debe realizarse de forma personal, expresa, clara, terminante, inequívoca e incondicionada²⁰⁷. La LEC es clara en su precisión distintiva con la institución del desistimiento, pero el hecho de que se utilicen indiscriminadamente en demasiadas ocasiones ambos vocablos ha originado que tanto la doctrina académica como la

203 RENEDO JUÁREZ, M^a J., «Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, N^o 29, enero 2013, pp. 11-12.

204 «La Recomendación sobre conciliación y arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 52). — La Recomendación sobre el examen de reclamaciones, 1967 (núm. 130), que incide en la idea del uso de los mecanismos voluntarios como forma de resolución de conflictos. — La Directiva 2008/52/CE, relativa a ciertos aspectos relativos a la mediación, en este caso civil y mercantil, que puede ser extrapolado al proceso laboral. — El artículo 19 de la LEC, de aplicación supletoria a la jurisdicción social, establece el derecho de las partes para disponer del objeto del juicio alcanzando una transacción judicial por diversos medios; uno de esos medios alternativos de resolución de conflictos es la mediación, según dispone el Tribunal Supremo en autos de 11-1- 2001, RJ 2001/834, y 30-10-2002, RJ 2003/3314. — LRJS; la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, establece en su art. 63 que «Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones...». — Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo. — Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.», *ut supra*, pp. 13-14.

205 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>. (la laboral, en las pp. 129 a 163).

206 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Social/>

207 SILVOSA TALLÓN, J.M., «La renuncia en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», 2009 (<http://noticias.juridicas.com>).

judicial insistan en sus divergencias.

Se subraya como esencial el objeto²⁰⁸ afectado por una y otra voluntad. La renuncia actúa sobre la tutela concreta demandada, sobre la «acción» y por tanto sobre el derecho o interés legítimo que se ha demandado en el proceso iniciado; con ella, se pone punto y final a la pretensión sin posibilidad de retorno. El desistimiento, en cambio, incide tan sólo sobre el concreto proceso iniciado, sobre la demanda, pudiendo reiterarse, en principio, de nuevo. Y es que como se ha expresado ya, la renuncia vincula al tribunal al dictado de una sentencia absolutoria con los efectos inherentes a la misma tras su firmeza, mientras que el desistimiento la excluye aunque implique su declaración y tratamiento expreso a través de auto.

Antes de dejar la renuncia, debe hacerse al menos una breve mención al alcance de la indisponibilidad de derechos en el Derecho del Trabajo, de la mano de una muy autorizada doctrina académica²⁰⁹. En él opera la reducción de «la libertad contractual por la existencia normas heterónomas, estatales o colectivas, de carácter mínimo inderogable que se imponen sobre las voluntades de trabajador y empresario y que se aplican, necesaria, directa e inmediatamente al contrato, al margen de las voluntades contractuales. La norma inderogable implica «indisponibilidad» por el trabajador de los derechos que la norma establece en su favor, en el sentido de que esos derechos no se evaden o disuelven válidamente por actos dispositivos o de renuncia sino que forman parte necesariamente del contrato e «ingresan» en el patrimonio de derechos propios del trabajador. De ahí la tradicional prohibición de renuncia de derechos por el trabajador, consecuencia de la inderogabilidad de las normas por la autonomía privada, y de la eficacia de la regla en el contrato de trabajo por encima de la voluntad de las partes, lo que limita el poder de disposición del trabajador que no puede renunciar a su derecho ni liberar al empresario de la correlativa obligación-». Sin embargo, cuando el trabajador ejercita un derecho propio adquirido por la norma inderogable, y dispone del mismo «cuando existen contrapartidas y se evita el litigio» no se considera renuncia sino transacción.

4.3. El desistimiento

El desistimiento es conceptualizado como acto procesal de la parte actora por el que manifiesta su voluntad de abandonar total o parcialmente el proceso, o como declaración expresa de no querer continuar el proceso comenzado²¹⁰. Puede producirse tanto de forma unilateral como bilateral. Así es su tratamiento en la LEC. En ella y en relación con el desistimiento expreso, se distingue la posibilidad de desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio (art. 20.2) -si bien puede hacerlo en cualquier momento, cuando se encuentre el demandado en rebeldía-, del caso en que el escrito de desistimiento se presente una vez emplazado el demandado, situación en que se le dará traslado del mismo con plazo para conformarse u oponerse a tal acto (art. 20.3). Si el demandado no hace ninguna de ambas cosas, el letrado J dictará decreto acordando el sobreseimiento, y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto. En caso contrario, el juez decidirá

208 Para las distintas tesis generadas al respecto, véase el trabajo citado *ut supra*.

209 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 70, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, pp. 27-28.

210 VALLE MUÑOZ, F.A., *El desistimiento en el proceso laboral*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 15.

lo que estime oportuno.

El tácito se contempla en relación con los juicios verbales, en tanto que la inasistencia del demandante a la vista determina que en el acto se le tenga por desistido de la demanda, siempre que el demandado no alegue un interés legítimo en continuar el proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto (art. 442.1). Así mismo, prevé la LEC las consecuencias del desistimiento en materia de costas: si es consentido por la parte demandada no procede condena, si no lo es el actor será condenado a todas las costas (art 396), tratándose, como es deducible, de un desistimiento expreso. En el tácito, en cambio, se prevé no sólo la condena en costas sino también a una indemnización si lo solicita y acredita los daños y perjuicios sufridos, el demandado comparecido (art. 442.1). Por otra parte, el art. 450 LEC posibilita el desistimiento de los recursos antes de su resolución cuando sólo haya un recurrente, deviniendo firme la resolución recurrida y produciendo los efectos inherentes a tal condición. Sin embargo, siendo varios los recurrentes y desistiendo sólo alguno o algunos de ellos, se tendrán por abandonadas sus exclusivas pretensiones de impugnación sin más, por lo que el trámite del recurso proseguirá sin que la resolución recurrida, adquiera con tal o tales declaraciones de voluntad firmeza.

La LJS continúa con una ya anciana regulación del desistimiento, muy similar a la de su predecesora LPL que ya se calificó de «extraordinariamente defectuosa»²¹¹. Parte de la doctrina académica²¹² ubica en distintos preceptos situaciones de desistimiento tácito. La previsión del art. 27.1 es una de ellas, por cuanto si el actor que ha acumulado indebidamente acciones no atiende en plazo al requerimiento del letrado J eligiendo la que pretende mantener, dará cuenta al Tribunal para que, en su caso, acuerde el archivo de la demanda. De forma similar -«aunque el actor no opte»- si una de aquéllas se somete a plazo de caducidad se seguirá la tramitación de ésta teniendo por no formulada la otra u otras acciones (art. 27.2) y, si las indebidamente acumuladas, incluyen más de una acción sujeta a caducidad se tramitará la planteada en primer lugar en el suplico de la demanda teniendo por no formuladas las demás (art. 27.3), aunque en estos dos últimos supuestos se advertirá al demandante de su derecho a ejercitarlas por separado. Sucede otro tanto con la situación prevista en el art. 81 sobre admisión de la demanda cuando se fuerza por la actora su efecto adverso al no atenderse o «atenderse extemporánea o indebidamente» el requerimiento de subsanación del letrado J.

La situación aparentemente indiscutible por su previsión terminológica específica la presenta el art. 83.2: si el demandante, citado en forma, no comparece ni alega justa causa, al acto de conciliación judicial o del juicio oral, el letrado J, en el primer caso, y el magistrado o tribunal, en el segundo, le tendrán por desistido de su demanda. Sin embargo, la presunción *iuris tantum* de abandono del proceso que incluye puede destruirse o entrar en controversia si el actor alega un motivo de incomparecencia y con él fuerza el análisis de su suficiencia. Subraya a este respecto la doctrina académica²¹³, en consonancia con la constitucional²¹⁴, que aquél debe comprender dos elementos convergentes: la causa de la inasistencia y el momento en que se alega tardíamente.

211 VALLE MUÑOZ, F.A., *El desistimiento en el...*, cit., p. 12.

212 LÓPEZ TERRADA, E. «La sentencia y otras formas de terminación del proceso», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El Proceso Laboral Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 639.

213 VALDÉS DAL-RÉ, F. y GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Artículo 83. *Suspensión de los actos de conciliación y juicio*», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013, pp. 457-459.

214 Que como se muestra en la Obra *ut supra* citada discurre por una evolución rigorista desde la STC 21/1989 hasta la adoptada en la STC 373/1994.

Así, fue tajante el TC cuando afirmó que «... la norma procesal laboral exige, como presupuesto para la posible suspensión de la celebración de los actos de conciliación y juicio señalados, el aviso previo. De la incomparecencia sin aviso previo se deduce una voluntad de abandono de la acción o pretensión. Así, el aviso previo se convierte en una exigencia procesal cuyo cumplimiento, salvo en circunstancias imposibilitantes, deviene ineludible, sin que pueda dejarse su cumplimiento al arbitrio de las partes, pues se trata de un requisito de orden público, por lo que escapa al poder de decisión de las partes. La consecuencia, que se anuda a la incomparecencia sin aviso previo, a saber, el tener por desistido, es una sanción proporcionada a la garantía de obtener un proceso sin dilaciones indebidas y al derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, sin que pueda subsanarse un vicio de esta naturaleza porque se sacrificaría la regularidad y el buen funcionamiento del proceso»²¹⁵. En cualquier caso ante la diversidad de soluciones adoptadas por la doctrina judicial y por la constitucional se ha llegado a concluir que el dato decisorio para resolver con diversa exigencia procesal es que el litigante comparezca o no asistido técnicamente²¹⁶.

Tres artículos más de la LJS se refieren de un modo u otro al desistimiento. El art. 150.2 a), sobre la admisión de la demanda y tramitación del procedimiento de oficio dispone que «...se seguirá de oficio, aún sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se emplazará al efecto y una vez comparecidos tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso»²¹⁷. Previsión ésta que es una muestra más del carácter tuitivo del proceso y, a su vez, una quiebra de su propio principio dispositivo por cuanto en esta modalidad procesal los trabajadores no intervienen como demandantes sino como beneficiarios de la resolución que se dicte, precisamente para facilitar su defensa especialmente frente al empresario infractor, al causante de prácticas discriminatorias o al que emplea dolo, coacción, abuso de derecho o fraude²¹⁸. Del mismo modo, y aún cuando la redacción del vigente art. 147.3 a) ha suprimido la expresión «...ni el trabajador desistir» de su predecesor, el art. 145 bis 3 a) LPL, en los procesos de Seguridad Social para la impugnación de prestaciones por desempleo, se le niega esta posibilidad al beneficiario ya que tratándose también de un proceso de oficio los mismos fundamentos apuntados le son aplicables²¹⁹. Por último, la regulación del incidente de no readmisión (art. 280) en el ámbito de ejecución de las sentencias firmes de despido dispone que se tendrá al trabajador por desistido de su solicitud si el día de la comparecencia, citado en forma, no asiste ni tampoco lo hace persona que lo represente. A pesar de su tenor, el TS²²⁰ ha interpretado que esa incomparecencia seguida de nueva solicitud de readmisión, no

215 STC 373/1993, F.J. 4º.

216 SEGALÉS FIDALGO, J., «El juicio oral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El Proceso Laboral...* Tomo I., cit., p. 499.

217 Posición de los trabajadores calificada de «*sui generis*» por GALIANA MORENO, J.M., «Artículo 150. Admisión de la demanda y tramitación», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 836.

218 TRILLO GARCÍA, A.R., «Artículo 150. Admisión de la demanda y tramitación», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora...*, cit., p. 1039.

219 «Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, no deja de representar una curiosa anomalía en el procedimiento de oficio, impedir al titular de la relación jurídico-material paralizar el proceso o apartarse de él. Al parecer, la peculiar naturaleza del proceso y los intereses que en él se debaten han movido al legislador a protegerlos a ultranza, mediante un patrocinio exagerado que no ha sido visto con muy buenos ojos por algunos autores, y es que la imposibilidad legal del desistimiento de los trabajadores iría en contra de los principios consagrados en los artículos 9, 14, y 24 de la CE, que parecen estar contradichos por el art. 148.2.a) de la LPL, del cual se ha discutido su propia constitucionalidad.» VALLE MUÑOZ, F.A., *El desistimiento en el Proceso...*, cit., p. 35.

220 STS de 25 de septiembre de 2001 (RCUD núm. 3248/2000), F.J. 3º.

implica renuncia a ese derecho y, aunque lo hubiese hecho, la misma sería nula conforme a la previsión del hoy art. 246 LJS, y que la primera solicitud constituye causa de interrupción de la prescripción (plazos del hoy art. 280 LJS) según el Código Civil que en la prescripción extintiva asigna el efecto interruptivo, sin limitación o condicionamiento alguno.

Con el indicado panorama, desgraciadamente, gozan de plena vigencia los comentarios, análisis, cuestionamientos y, en definitiva, trabajos que sobre el desistimiento en el proceso laboral se produjeron antes de la entrada en vigor de la LJS²²¹. Su denominador común se constituía en la reivindicación de una regulación sistemática en aquella que, con las singularidades necesarias, guardase coherencia con la de la LEC y pusiese fin a interrogantes que de forma diversa se van respondiendo por la doctrina académica y judicial. Uno de ellos, referido al desistimiento expreso regulado en la LEC pero no, claro está, en la LJS, lleva a concluir en la aplicación supletoria de la Ley rituarial común a nuestro proceso. Sin embargo distintos aspectos formales y temporales inevitablemente plantean dudas. No obstante, en tanto que el desistimiento es una forma anticipada de terminación del proceso que implica el abandono del mismo, en ningún caso la renuncia de la pretensión, puede el actor volver a iniciarlo, siempre que la acción no haya caducado. Y no se dice prescrito -por aplicación del genérico y residual año de prescripción *ex art. 59 ET-*, que también, por cuanto el riesgo en este caso merma considerablemente. Y es que la Sala Cuarta²²² mantiene que «el plazo de prescripción comienza a contarse de nuevo y por entero» tras dos desistimientos procesales, el primero expreso y el segundo deducido de su incomparecencia al acto del juicio oral. Cuestión ésta compatible con la posibilidad de que en otro proceso similar se alegase y convenciese al tribunal de una actuación abusiva y fraudulenta por la parte actora.

4.4. El allanamiento

Antes de la LEC²²³, esta institución y acto procesal de causación²²⁴ no fue objeto de una regulación metódica en las normas procesales²²⁵. Su conformación por la doctrina científica y jurisprudencial se ha concretado en «la actitud que adopta el demandado cuando comparece en un proceso pendiente contra él manifestando que se conforma, total o parcialmente, con la

221 Véase por todos VALLE MUÑOZ, F.A., *El desistimiento en el proceso laboral*, BOMARZO, Albacete, 2009, ya citado.

222 STS de 27 de diciembre de 2011 (RCUD núm. 1113/2011), F.J. 2º.

223 Art 21 LEC: «1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante. 2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley.»

224 «...porque no persigue lograr el convencimiento del juez para que dicte sentencia favorable al actor, sino, prescindiendo de tal convencimiento, vincularle positivamente a que dicte tal sentencia.», ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 481.

225 La LECA sólo se refería al allanamiento en dos de sus artículos, el 523.3 y el 1.541.1, aunque la regulación del juicio declarativo de cognición (Decreto de 21 de noviembre de 1952) sí la incluía. La LPL ni mencionaba el término.

petición formulada en la demanda.»²²⁶. También se ha insistido en que la declaración de voluntad que implica es tanto un reconocimiento de los hechos alegados por el demandante como un reconocimiento de sus consecuencias jurídicas y aceptación de la petición y, por tanto, de la condena solicitada²²⁷.

A partir de la doctrina judicial y de su regulación legal, se le atribuyen las siguientes características²²⁸: es un acto de disposición del demandado sobre la materia objeto del proceso, es claro e incondicional porque con él se reconocen tanto los hechos de la demanda como sus efectos jurídicos, requiere una declaración de voluntad expresa, su principal efecto es el dictado de una sentencia conforme a la pretensión de la actora, y vincula sólo al allanado o allanados. Este último aspecto es el más controvertido cuando en el proceso existe un litisconsorcio pasivo. En principio podría pensarse que tratándose de una pretensión pueden allanarse todos o ninguno, aunque se ha admitido el allanamiento de uno sólo de los demandados si con ello no se prejuzga en perjuicio de los demás²²⁹. Sin embargo, la Jurisprudencia civil mantiene la doctrina de que si se desestima la demanda el pronunciamiento favorece a todos, incluidos los que se allanaron. Así que el juez puede resolver prescindiendo del acto dispositivo²³⁰, puesto que en caso contrario se producirían sentencias contradictorias. Este criterio se aplica en supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, ya que tratándose de uno voluntario sí sería potencial y legalmente posible. No obstante en el proceso social es difícil imaginar supuestos de esta naturaleza con una única pretensión y, habiéndose acumulado más de una más aún cuesta concebir la ausencia de conexión entre ellas.

En cualquier caso así como en el proceso civil es habitual utilizar el allanamiento²³¹, no resulta serlo en el proceso social. Dado que la LJS se refiere al allanamiento en la regulación de la celebración del juicio oral, las escasas veces que se plantea será en este acto. Pese a ello, nada impediría que se manifestase tras conocer la demanda o incluso tras culminar aquél en atención a la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 19.3 LEC. Seguramente su reducida incidencia en nuestro proceso se debe al gran calado y posibilidades temporales de la conciliación judicial donde muchas veces el demandado se aviene al total de la pretensión de la actora, con consciencia o no, de que le ahorra al magistrado el tiempo que invertiría en la confección de la necesaria sentencia si se hubiese allanado.

La LJS -al igual que la LEC- prevé en su art. 85.7 el allanamiento total o parcial durante la celebración del juicio oral, puesto que tal declaración de voluntad de la parte demandada, de manifestarse, deberá surgir al concedérsele la palabra para contestar a la demanda. Así, puede considerarse como un singular contenido de la contestación a la demanda o, más allá del momento señalado legalmente, entender que el demandado no contesta a la demanda, sino que se allana a ella. Sin embargo -quizás por ignorancia respecto a la terminología procesal o como ensayo de

226 ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, cit., p. 319.

227 *Ibidem*, *ut supra*.

228 CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 21 de la LECiv Allanamiento», Aranzadi, 2011 (BIB 2011\5013).

229 LÓPEZ TERRADA, E., «La Sentencia y otras formas...», cit., en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El Proceso Laboral...*, Tomo I, cit., p. 637.

230 CORDÓN MORENO, F., «Comentario...», cit.

231 Para un estudio completo de la institución véase SILVOSA TALLÓN, J.M., «El allanamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Internauta de Práctica Jurídica* Núm. 22, 2008, pp. 29-65.

maniobra defensiva para un posible ulterior proceso- en ocasiones la empresa solicitada se ha allanado en el acto de conciliación administrativo o preprocesal, aspirando de este modo a que el trabajador pierda el derecho a ejercitar la acción judicial. Es el caso, por ejemplo, resuelto por la Sala de Suplicación²³² en un proceso sobre despido, en el que la empresa se había allanado en la conciliación a la pretensión del trabajador ordenando su reincorporación, propuesta que el trabajador no aceptó e inició el correspondiente proceso. Y es que la retractación de la empresa y, su mal entendida, vinculación al allanamiento ha venido obligando a la Sala Cuarta²³³ a reiterar una y otra vez su doctrina sobre la naturaleza del despido como acto extintivo y la imposibilidad de dejarlo sin efecto, cuando ya ha producido efectos, por voluntad unilateral de la empresa²³⁴.

Retomando la previsión normativa procesal social, en ella se dispone la aprobación del allanamiento, oídas las demás partes, siempre que no implique renuncia prohibida de derechos, fraude de ley, perjuicio a terceros o sea contrario al interés público. El perjuicio a tercero hace pensar en el FOGASA, aunque no exclusivamente claro, pero con la nueva previsión del art. 23.2.2º LJS sobre la preceptiva notificación al mismo de cualquier resolución cuándo pudieran derivarse para él responsabilidades, minimiza, si no excluye, esta posibilidad.

La resolución podrá ser oral -como también se contempla en el art. 50.1 2º párrafo LJS- pero si el allanamiento es total se dictará sentencia condenatoria conforme a las pretensiones del actor. Si es parcial, continuará el juicio respecto a las pretensiones no allanadas. Las allanadas podrán aprobarse mediante auto que adquiere eficacia ejecutiva parcial siempre que, por su naturaleza, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las pendientes de resolución, tal y como se ordena también en el art. 242 LJS. Por otra parte, y del mismo modo que ocurre con la renuncia en que también se dispone de la pretensión, la sentencia que fuerza el allanamiento ha de fallar tanto sobre lo controvertido como conforme con lo no controvertido puesto que no siendo así «se incurre en la más flagrante incongruencia.»²³⁵.

4.5. La caducidad de la instancia

El tratamiento, al menos breve, de esta forma de terminación del proceso requiere recordar que el principio de impulso procesal de oficio se introdujo en la LECA a través de la reforma operada en ella por el Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924²³⁶, pues hasta entonces era encargo de las

232 STSJ Andalucía, Granada de 7 de abril de 2010 (Rec. núm. 435/2010).

233 STS de 25 de junio de 2013 (RCUD núm. 1329/2012), por todas.

234 Véanse al respecto MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I, «Retractación del despido a la luz de su evolución en la doctrina jurisprudencial», *Aranzadi Social*, núm. 12/2010, Aranzadi, Cizur Menor, 2010 y MORALES VÁLLEZ, E., «La retractación en el orden jurisdiccional social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

235 DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ PICAZO-GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, Madrid, p. 248.

236 «...Supuso una economía en la actividad del proceso el *Real Decreto de 2 de abril de 1924* que extiende el impulso procesal de oficio durante la tramitación del juicio a costa del arbitrio concedido en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las partes, artículos 308, 309, 311, 312 y 521, que exigían el escrito de apremio de la parte contraria para que, concluido un término judicial y su prórroga, pueda el Juez reclamar los autos para continuar su trámite. Al derogar este Decreto dichos artículos, cierra la posibilidad de abusos por acuerdo de las partes... por este Decreto, el Tribunal cesa de ser el espectador obligado del combate entablado entre los litigantes, sin actuación propia para dirigir y sustanciar el pleito, ínterin no fuere requerido por instancia o

partes. El art. 237 LOPJ, sobre el impulso procesal, dispone que se dé de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias, salvo que la ley disponga otra cosa. En el mismo sentido se expresa la LEC (art. 179), añadiendo que «El curso del procedimiento se podrá suspender de conformidad con lo que se establece en el apartado 4 del artículo 19 de la presente ley, y se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, el Secretario judicial acordará archivar provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia».

Es difícil concebir un abandono consciente, y en todo caso tácito -por inactividad- de la actividad procesal, más aún por la parte interesada y mucho más en cualquier proceso social. Por eso, entre los modos de terminación «anormal» del proceso, es la caducidad de la instancia el que mejor acoge este calificativo. La LEC, como no podía ser de otro modo, la supedita a ciertos plazos pero en todo caso terminar así un proceso es, además de anormal, raro.

Su regulación concreta se ubica en los arts. 236 a 240 de la LEC. En primer lugar, y en consonancia con el principio de impulso procesal de oficio, se establece que la falta de impulso por las partes o interesados no provocará la caducidad de la instancia o del recurso (art. 236). A continuación se identifica la caducidad de la instancia con el abandono de las actuaciones durante dos años, cuando el proceso se halle en primera instancia, y de un año si pende recurso, plazos que se computarán desde la última notificación a las partes (art. 237).

La declaración de la caducidad corresponde al letrado J a través de decreto, contra el que sólo cabe recurso de revisión. Sin embargo, se excluye de esta situación la paralización por dos motivos: fuerza mayor y cualquier causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados (art. 238) y, de forma tajante para la ejecución forzosa (art. 239) sin reparar en plazos ni razones. De otro modo se atentaría directamente contra el derecho a la tutela judicial efectiva en su aspecto -valga la redundancia terminológica- de efectividad dando cumplimiento a lo juzgado, lleve el tiempo que lleve²³⁷.

La ordenación culmina con sus efectos. Declarada en la instancia, se tendrá a la actora por desistida de la demanda, por lo que podrá iniciar de nuevo el proceso, so pena de caducidad o prescripción de la acción. Declarada en fase de recurso, se tendrá a la recurrente/s por desistida del mismo, adquiriendo firmeza la resolución impugnada, con la correspondiente devolución de las actuaciones al tribunal de procedencia. Por último, esta declaración no conlleva condena en costas, soportando cada parte las suyas, y las comunes por mitad (art. 240).

solicitud de uno de aquéllos.», LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación española 2 Procedimiento Civil*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1998, p. 228.

237 “...e) La norma procesal social es concordante con los preceptos procesales civiles relativos a la «exclusión de la caducidad de la instancia en la ejecución», pues una vez ya iniciadas estas actuaciones ejecutivas pueden proseguir indefinidamente, a la posible espera de la mejor fortuna del ejecutado o de la completa averiguación de sus bienes, «hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en este Título» (art. 239 LEC), así como con el art. 570 LEC, en el que, sobre el «final de la ejecución», se dispone que «la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante.» STS de 24 de diciembre de 2014 (RCUD núm. 2999/2013), F.J. 2º.

Como se decía, no es frecuente esta forma de terminación del proceso. Sin embargo puede trasladarse aquí, la argumentación que compuso la Sala Cuarta del TS²³⁸ con ocasión del examen realizado sobre las objeciones procesales formuladas por la parte recurrida. Manifestaba ésta que debiera declararse la caducidad de la instancia y, con ella, la firmeza de la sentencia de instancia por cuánto ésta se dictó en octubre de 1992. La última actuación en la que intervino, impugnación del recurso de suplicación, data de noviembre de 1993, y la sentencia de suplicación recurrida se ha dictado tras más de diez años. No acoge la Sala tal solicitud porque la causa de paralización no puede imputarse a las partes. Tras recorrer los preceptos de aplicación en la materia, de la LECA y de la LEC, concluye, como se dice, sobre un dato incontestable: «...existe una diligencia de 15 de abril de 2003, en la que el Secretario del Juzgado de lo Social hace constar que “ha sido localizado el presente procedimiento que se hallaba extraviado y estando formalizado el recurso de suplicación anunciado en su día elévense las actuaciones con atento oficio para la resolución que proceda”...». Argumenta la Sala que atentaría al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica privar a la parte del derecho al recurso por una demora que no le es imputable.

Otro asunto más cercano en el tiempo, aunque del orden contencioso-administrativo, es el resuelto por la Sala Tercera del Alto Tribunal²³⁹ en el que un Ayuntamiento en contienda con su Comunidad Autónoma recurre el Auto del Tribunal *a quo* que declaró la caducidad de la instancia del recurso. La paralización de las actuaciones en este trámite se mantuvo por más de dos años, según la Corporación por causa de fuerza mayor y, en ningún caso por causa imputable a la voluntad de las partes. Considera como tal el hecho de que la Letrada de sus Servicios Jurídicos padeciese una dolencia, pero el dato probado de que el padecimiento se produjese cuatro años después del comienzo de la paralización del proceso, y de que esta Administración contase con al menos ocho letrados en sus Servicios determinan que no pueda configurarse como un supuesto de fuerza mayor (hecho que además de imprevisible, ha de ser inevitable). En la misma Sentencia, se invoca otra de la propia Sección, en la que también se desestimó el recurso contra el Auto declarativo de la caducidad de la instancia, con base en que la paralización de las actuaciones se debió a que las partes estaban intentando llegar a un acuerdo en el recurso, claro está más allá del umbral temporal legalmente previsto, circunstancia esta que no puede considerarse como una causa ajena a la voluntad de las partes. Y es que el objetivo de este instrumento es evitar que los procesos se perpetúen indefinidamente.

4.6. El convenio transaccional

El Código Civil define la transacción como un contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado (art. 1809). Es la segunda categoría la que interesa ahora, la judicial o procesal. Por su parte, la LEC, al regular el intento de conciliación o transacción en la audiencia previa al juicio (art. 415.1), dispone que si las partes manifiestan haber llegado a un acuerdo podrán solicitar del tribunal que homologue lo acordado. El mismo precepto determina, a continuación, que el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de

238 STS de 30 de junio de 2004 (RCUD núm. 4211/2003), F.J. 1º.

239 STS de 22 de diciembre de 2011 (Rec. núm. 5735/2010), F.J. 4º.

sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial (Apartado 2º). El colofón legal procesal lo aporta el artículo 19.1 de la Ley ritual civil: «Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán...transigir sobre lo que sea objeto del mismo...».

Antes de la entrada en vigor de la LJS, las partes procesales que alcanzaban un acuerdo transaccional solicitaban su homologación ante el órgano jurisdiccional social competente, según la fase en que se encontrase el proceso. En la instancia y no habiéndose aún dictado sentencia, se celebraba acto de conciliación judicial, posible también tras la celebración del juicio oral ante el juzgado de lo social, incluso ante la Sala de lo Social con competencia funcional en la instancia, aunque dictase auto homologando el convenio²⁴⁰. Dictada sentencia y recurrida, el acuerdo alcanzado podía acontecer en trámite de anuncio y/o formalización o de impugnación del recurso de suplicación, y en tal caso se solicitaba la celebración de conciliación ante el juzgado de lo social. Del mismo modo podría pensarse que operaba cuando la competencia en la instancia hubiese correspondido a una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o a la de la Audiencia Nacional en tanto que la remisión de los autos a la Sala Cuarta del TS no se produce sino tras la preparación, formalización y, en su caso, impugnación del recurso de casación, o cuando la transacción se lograba una vez dictada sentencia por la Sala de suplicación por cuanto la preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina se realiza ante la Sala *a quo*, pero se interpone e impugna ante la Sala Cuarta. Sin embargo, se han dictado autos de homologación tanto por Salas de lo Social de TSJ, por la Sala Cuarta del TS, así como por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Aunque actualmente los trámites discurran del mismo modo, el único precepto anterior a la LJS que posibilitaba el acuerdo transaccional sobre el objeto procesal era el art. 19 de la LEC, *supra* recordado y comentado.

La Sala Cuarta²⁴¹ se planteaba si las previsiones del hoy art. 246 LJS (art. 245, en su predecesora LPL) y del art. 3.5 ET, podían interferir en la homologación del acuerdo solicitada por los partes. El primero de los preceptos señalados, integrado entre las Normas generales de las Disposiciones de carácter general De la ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos, se refiere a la transacción en la ejecución, y prohíbe la renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador. A este respecto, el TS consideró que tal prohibición sólo puede referirse a sentencias firmes. La segunda norma, archi-conocida, sobre indisponibilidad -mejor irrenunciabilidad- por los trabajadores de derechos reconocidos, no se estimó aplicable a un derecho reconocido provisionalmente en sentencia, en tanto que no firme²⁴².

La vigente LJS afirma en su Preámbulo (IV, 2º) agilizar la tramitación procesal, mediante, entre otras medidas y reglas, la posibilidad de transacción judicial en cualquier momento del proceso, incluida la ejecución. En su art. 235.4 regula expresamente el convenio transaccional (en las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación). A su través, autoriza la transacción entre las partes: en cualquier momento de la tramitación del recurso podrán alcanzar convenio transaccional. El acuerdo ha de someterse a su homologación por el tribunal en que se tramita el recurso (por tanto puede ser el órgano *a quo* o *ad quem*) y la solicitud de homologación suele

240 Véase ATSJ Andalucía (Sevilla) de 8 de enero de 2015 (Núm. 3/2015, en proceso de despido colectivo).

241 Autos de 11 de enero de 2001 (Rec. núm. 979/2000) y de 25 de octubre de 2011 (Rec. núm. 3110/2001).

242 Véase SEMPERE NAVARRO, A.V., «¿Hay límites a la transacción sobre sentencia recurrida y favorable al trabajador?», *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 19/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

acompañarse con la de desistimiento del recurso. Aquél resolverá el trámite a través de un auto, favorable al convenio siempre que no se aprecie lesión grave para alguna de las partes, fraude de Ley o abuso de derecho²⁴³ o desfavorable, contra el que cabría interponer recurso de reposición. Esta fórmula de terminación del proceso surte los siguientes efectos: cada parte asume las costas causadas a su instancia, se devuelve el depósito constituido y el convenio homologado, que se constituye en título ejecutivo, sustituye lo resuelto en la sentencia o sentencias dictadas en el proceso.

Del mismo modo y con idéntico procedimiento que para el acuerdo alcanzado en conciliación judicial, la transacción podrá ser impugnada por las partes en demanda de nulidad por las causas que invalidan los contratos, o por los posibles perjudicados (no sólo pero con muchas posibilidades el FOGASA) con fundamento en su ilegalidad o lesividad. El plazo para su ejercicio es de 30 días desde la notificación del auto para las partes, o desde que pudieran conocerlo, para los terceros perjudicados (art. 84.6 LJS), y la competencia para su resolución, de la misma Sala autora del auto de homologación.

4.7. La satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida de objeto

Otra fórmula de terminación del proceso, distinta a la ordinaria que culmina con la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión litigiosa, es la prevista en el art. 22 de la LEC. El interés legítimo que sostiene la tutela judicial pretendida en el proceso, puede desaparecer por circunstancias sobrevenidas a la demanda y, en su caso, a la reconvencción. La situación acoge distintos motivos: la satisfacción fuera del proceso de la pretensión o pretensiones del actor o del demandado reconviniente, pero también cualquier otra causa.

Es la primera vez que este escenario se regula con eficacia general, puesto que los hechos que determinan la pérdida del interés en la tutela podían acceder al proceso a través del desistimiento, allanamiento, transacción o como oposición de fondo a la demanda²⁴⁴. Al mismo contexto se refiere su art. 413 disponiendo los efectos de la pendencia del proceso y, en concreto, la influencia del cambio de circunstancias en la sentencia sobre el fondo. A este respecto ordena que: «No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocetalmente o por cualquier otra causa».²⁴⁵ Siendo así, -pues remite al señalado art. 22- prescribe la norma que se pondrá de manifiesto ante el órgano jurisdiccional y,

243 Sobre los argumentos que viene reiterando la Sala Cuarta para homologar el convenio transaccional, véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., «La frecuentada solución procesal del convenio transaccional en fase de recurso», *Revista de Información Laboral* núm. 2/2015, Lex Nova, Valladolid, 2015.

244 NOYA FERREIRO, M^a L y BARELA GÓMEZ, B.J., «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 19 a 22», *Indret Revista para el análisis del Derecho* 3/2005, Barcelona, julio 2005 (www.Indret.com).

245 «La pérdida de objeto en los tres supuestos mencionados son una excepción al principio “ut lite pendente nihil innovetur”, pues permiten que, de modo excepcional, se tomen en cuenta actuaciones posteriores al inicio del proceso para ponerle fin (art. 413 LEC).», SAN CRISTOBAL REALES, S., «Los mecanismos de satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida del objeto, y la enervación del desahucio, para poner fin al proceso de forma anticipada», *Anuario jurídico y económico Escorialense*, XLV (2012) 91-118 / ISSN: 1133-3677.

si hubiere acuerdo de las partes, el letrado J decretará la finalización del proceso, sin imposición de costas. Contra el decreto²⁴⁶ que pone fin al procedimiento cabe recurso directo de revisión que será resuelto mediante auto (art. 188 LJS), y contra el último se admite recurso de suplicación (art. 191.4 c) 1º LJS) o de casación (art. 206.3 a) LJS).

Si alguna de las partes sostiene la subsistencia del interés legítimo y niega motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o aporta otros argumentos, el letrado J convocará a los litigantes a una comparecencia ante el tribunal con ese único objeto. La cuestión será resuelta mediante auto irrecurrible si acuerda la continuación del juicio. En caso contrario cabe contra el mismo recurso de apelación (en el orden civil, claro está), condenándose en costas por este trámite a quien vea rechazada su pretensión, que en el orden social según los preceptos citados, serían suplicación o casación.

Resulta obvio que las dos, de las tres, situaciones previstas en el art. 22 que al orden social interesan, aunque comparten regulación, presentan diferencias esenciales. Por su parte, la satisfacción extraprocésal implica que la pretensión o pretensiones en cuestión cuenten con naturaleza disponible, mientras que la carencia sobrevenida de objeto puede acaecer en todo tipo de procesos y conlleva la falta de acción. En ambos casos puede plantearse y determinar la culminación anticipada del proceso a través del incidente regulado. Sin embargo no siempre es consecuencia de la solicitud de una o ambas partes (bilateral), ya que la ausencia del objeto procesal que provoca, como se dice la del derecho a la acción judicial es una cuestión de orden público procesal y, por lo tanto, apreciable de oficio. Así mismo, en supuestos de litisconsorcio su carácter multilateral implicaría el consenso de todos los sujetos. Por otra parte, la norma no habla de carencia o de satisfacción parcial, como hace con el allanamiento, con el desistimiento y con la transacción, pero bien podría ocurrir en procesos donde se han acumulado pretensiones, cuestión esta que en absoluto resulta contraria a la doctrina constitucional según la cual «...para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa.»²⁴⁷

No es extraño encontrar sentencias en las que se comprueba que la satisfacción extraprocésal de la pretensión se configura en el proceso como excepción alegada por la parte demandada y, tras ser o no estimada por el Juzgado de lo Social o por la Sala, se hace objeto de motivo en el recurso devolutivo. En proceso sobre declaración de cesión ilegal de trabajadores²⁴⁸ la empresa recurrente había alegado en la instancia la excepción de carencia sobrevenida de objeto fundándose en que en la fecha del juicio carecía el trabajador de interés legítimo por haberse extinguido la relación con despido objetivo. Rechazado este argumento, articula su primer motivo de suplicación solicitando

246 «Para parte de la doctrina, el decreto del secretario tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, sin que proceda condena en costas (art. 22.1 LEC). Este decreto implica la terminación del proceso por motivos materiales, con un valor semejante a la resolución de fondo que pone fin al pleito, y por ello, consideran que tiene efectos de cosa juzgada. A nuestro juicio, el decreto, en ningún caso puede tener efecto de cosa juzgada material (por el carácter eminentemente jurisdiccional de tales efectos), aunque sea título ejecutivo. Por ello, es lógico que el legislador haya suprimido en el apartado primero del artículo 22 la equiparación de sus efectos a las sentencias absolutorias.» SAN CRISTOBAL REALES, S., «Los mecanismos de satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto...», cit., p. 101.

247 STC 102/2009, F.J. 7º.

248 STSJ Cataluña de 17 de julio de 2015 (Rec. núm. 2556/2015), F.J. 1º.

la nulidad de la Sentencia por la razón apuntada. Pero la Sala también lo desestima por cuanto a la fecha de presentación de la demanda el contrato de trabajo estaba vigente y esta acción genera litispendencia, así que el posterior despido objetivo no afecta al objeto ya constituido por la pretensión ejercitada. Fundamenta este argumento en los arts. 413 y 22 en relación con el 411, todos ellos de la LEC, de manera que las alteraciones o innovaciones posteriores no determinan pérdida sobrevenida del objeto y, mucho menos, satisfacción extrapocesal u otra causa. En torno a estas controversias, la Sala de lo Social del TS mantiene una uniforme doctrina jurisprudencial²⁴⁹ que coincide con la reseñada. E incluso con fundamento en ella, se ha dado tales efectos a la fecha de presentación de la papeleta de conciliación²⁵⁰.

Otro supuesto en el que se aprecia carencia sobrevenida de objeto lo aporta la Sentencia de suplicación²⁵¹ que estima la excepción (aunque alegada por la empresa como cosa juzgada y falta de acción) en una impugnación individual de traslado colectivo, por razón de que a la fecha del juicio la relación laboral ya estaba extinguida e indemnizada como despido improcedente, lo que privaba de interés actual, y por tanto de objeto, a la pretensión sobre movilidad geográfica.

En proceso de conflicto colectivo²⁵² se alega en la instancia falta de acción por carencia sobrevenida de objeto: el nuevo convenio, pendiente entonces tan sólo de publicación en el BOE, ya eliminaba el artículo controvertido, sin embargo la Audiencia Nacional ignora la revisión y es la Sala Cuarta la que aprecia la excepción porque al dictar su Sentencia resulta indiscutible la carencia de objeto.

Tampoco es infrecuente su apreciación de oficio. Así resultó²⁵³ en un proceso de despido disciplinario en el que la empleadora se retractó de su decisión en el trámite de conciliación administrativa, tras la cual el trabajador se reincorporó a su puesto de trabajo. La Sala de suplicación juzgó que «al existir reanudación voluntaria de la relación laboral por mutuo acuerdo existe carencia sobrevenida de objeto, por satisfacción extrapocesal de la petición, conforme al art. 22 LEC». Del mismo modo²⁵⁴ ocurrió en proceso de impugnación de convenio colectivo porque aunque el interés en la nulidad de uno de sus preceptos existía al interponer la demanda, al tiempo de dictarse la Sentencia recurrida, ya había sido declarado nulo por otra Sentencia del mismo Juzgado. La Sala concluye que el Juzgador debió apreciar de oficio la falta de acción para impugnar un artículo del Convenio que ya no existía.

También se ha advertido²⁵⁵ desaparición sobrevenida de objeto y, en consecuencia, falta de

249 STS de 5 de octubre de 2016 (RCUD núm. 276/2015) y STS de 21 de junio de 2016 (RCUD núm. 2231/2014), por todas.

250 «... pues los trabajadores fueron desplazados del centro por razón de servicio al cliente INDRA, no por conclusión de la contrata, sino cuando la empresa tenía conocimiento de la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC y ello se efectúa con afán de perjudicar a los mismos para evitar que la relación laboral se mantuviese en las mismas condiciones, si presentaban la demanda a continuación de la celebración del acto de conciliación», STSJ Madrid, de 28 de septiembre de 2016 (Rec. núm. 398/2016), F.J. 1º.

251 STSJ Canarias de 10 de mayo de 2016 (Rec. núm. 218/2016), F.J. 3º.

252 STS de 2 de julio de 2014 (Rec. núm. 131/2013), F.J. 2º.

253 STSJ Cataluña, de 15 de mayo de 2015 (Rec. núm. 1546/2015), F.J. 3º.

254 STSJ Canarias-Las Palmas, de 20 de julio de 2015 (Rec. núm. 373/2015), F.J. 2º.

255 STS de 24 de noviembre de 2016 (Rec. núm. 53/2016), F.J. 2º.

acción, en proceso sobre impugnación de convenio colectivo porque en la fecha de interposición de la demanda la norma colectiva ha perdido vigencia con su derogación a través de un nuevo convenio colectivo.

Por último, son numerosas las Sentencias²⁵⁶ dictadas en ambos grados en relación con la supresión de la paga extra de diciembre de 2012 a los empleados públicos, y las medidas legislativas para su recuperación. En ellas se reitera la doctrina del TC²⁵⁷ según la cual «las cuestiones de constitucionalidad tramitadas sobre posible irretroactividad de la supresión total de la paga extra de diciembre de 2012 han perdido su objeto y las han declarado extinguidas por satisfacción extraprocésal».

256 SSTs de 4 de marzo de 2016 (Rec. núm. 11/2015) y de 20 de enero de 2016 (Rec. núm. 220/2014), por todas.

257 SSTC 83/2015 y 90/2016, entre otras.

Capítulo II.

La sentencia social

1. El régimen jurídico procesal de la sentencia

El *Texto constitucional*, en su Título VI, «Del Poder Judicial», ordena que las sentencias sean siempre motivadas y se pronuncien en audiencia pública (art. 120.3), así como que son de obligado cumplimiento (art. 118).

De las resoluciones judiciales, la *LOPJ* denomina Sentencias a las que decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o a las que, según las leyes procesales, deban revestir esta forma [art. 245. 1 c)] posibilitando su dictado de viva voz cuando lo autorice la Ley (apdo. 2) aunque bajo la exigencia de que si han de ser documentadas en acta en los juicios verbales, vistas de los pleitos o causas y demás actos solemnes, incluyan la fundamentación que proceda (art. 247). Identifica las sentencias firmes como aquéllas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley (art. 245.3), y prescribe que se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso (se tramitan procesos con objetos litigiosos estrictamente jurídicos), los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten (art. 248.3). Tras su firma no podrán variarse, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan, manifiestos o aritméticos, así como subsanar omisiones o defectos. También pueden completarse si hubieran omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso (art. 267).

Por su parte la *LEC* dispone cuándo se dictará sentencia: para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley, así como para resolver los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes (art. 206.1, 3^a). Distingue resoluciones (entre ellas, las sentencias) definitivas y firmes. Las primeras son las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos frente a ellas; Las segundas, aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado, adquiriendo así la autoridad de cosa juzgada (art. 207). En cuanto a su forma, que comparten con los autos, deberán indicar el Tribunal que las dicte, con expresión del Juez o Magistrados que lo integren y su firma e indicación del nombre del ponente cuando el Tribunal sea colegiado. Incluirán, además el lugar y fecha en que se adopten y si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir (art. 208, 3 y 4). A continuación (art. 209), incluye unas reglas especiales sobre la forma y el contenido de las sentencias:

«**1^a** En el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados y procuradores y el objeto del juicio.

2^a En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso.

3ª En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.

4ª El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 («Principio de justicia rogada») y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley («Sentencias con reserva de liquidación»).

Tras consagrar la *invariabilidad* (intangibilidad o inmodificabilidad) de las sentencias una vez firmadas, regula su aclaración y corrección o rectificación, así como su subsanación y complemento (arts. 214 y 215, respectivamente)²⁵⁸.

La *LJS* en el Capítulo II del Libro I dedicado al Proceso ordinario se sirve del art. 97 para regular la forma de la sentencia. Su contenido es el siguiente:

«**1.** El juez o tribunal dictará sentencia en el plazo de cinco días, publicándose inmediatamente y notificándose a las partes o a sus representantes dentro de los dos días siguientes.

2. La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo.

3. La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros.

La imposición de las anteriores medidas se efectuará a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. De considerarse de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas. En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, incluida la conciliación ante

258 Que serán objeto de atención en el último epígrafe de este Capítulo, en relación con las «sentencias de los recursos devolutivos».

el secretario judicial, sin causa justificada, se aplicarán por el juez o tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66.

4. En el texto de la sentencia se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, el órgano ante el que deben interponerse y el plazo y los requisitos para ello, así como los depósitos y las consignaciones que sean necesarios y la forma de efectuarlos.»

Por último, los requisitos internos de la sentencia, se ordenan en los arts. 216 a 222 LEC (Secc. 2ª, Cap. VIII, Tít. II del Libro I), parte dedicada al Principio de justicia rogada, Carga de la prueba, Exhaustividad, Congruencia y Motivación de las sentencias, Sentencias con reserva de liquidación, Condenas a futuro, Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios y Cosa juzgada material, respectivamente. En concreto, el art. 218 adquiere especial protagonismo y su contenido²⁵⁹ precisa un detallado análisis porque pone de manifiesto las garantías constitucionales que en orden a la seguridad jurídica y a la calidad de sus contenidos deben respetar las sentencias.

2. Tipología de las sentencias

Los criterios de clasificación o tipología de las sentencias pueden ser muy variados²⁶⁰. Por su respuesta o sentido de la declaración que contenga sobre la pretensión, se distinguen las sentencias estimatorias o condenatorias y las desestimatorias o absolutorias, en ambos casos de forma total y parcial respecto al fondo de la cuestión litigiosa. Las sentencias condenatorias, pueden dividirse, a su vez, en líquidas e ilíquidas o con reserva de liquidación, pero este segundo caso resulta inviable en el proceso de trabajo porque el art. 99 LJS prohíbe la reserva de liquidación o determinación de la condena dineraria para la ejecución. También se diversifican por la presencia o no del demandado en el proceso, siendo contradictorias en el primer caso y dictadas en rebeldía en el segundo. De nuevo, este último supuesto no se da nominalmente en el proceso laboral puesto que, como es sabido, la incomparecencia injustificada del demandado a los actos de conciliación y juicio no impide su celebración y ello sin necesidad de declararle en rebeldía (art. 83.3 LJS). Así mismo, son sentencias no contradictorias las dictadas tras la renuncia o el allanamiento total de la actora y del demandado, respectivamente. También, puede mencionarse como distintivo que

259 «1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.»

260 MOYA AMADOR, R., «Artículo 97. Forma de la sentencia», en AA.VV., *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), Comares, Granada, 2013, pp. 542-543.

las sentencias definitivas pueden ser impugnables con el correspondiente recurso devolutivo o no, adquiriendo directamente firmeza en el último caso.

Se desarrollan los aspectos más relevantes de las categorías que distinguen sentencias procesales y de fondo, en función de que no den respuesta al fondo de la cuestión litigiosa o sí lo hagan. En las últimas, determinadas por la pretensión procesal, las que difieren por sus pronunciamientos declarativos, de condena y/o constitutivos y, enfocando a su forma, las sentencias verbales y escritas. Su recorrido forzosamente incluye distintas variaciones que de forma absoluta o combinada evidencian la pluralidad y singularidad en muchos casos de estas resoluciones protagonistas del proceso, sin perjuicio, claro está, de que ciertos asuntos litigiosos, repetitivos y mellizos, ahorren en ocasiones a nuestros jueces y Salas tiempo en sus funciones.

A) Procesales y de Fondo

Ha recordado DÍEZ PICAZO²⁶¹ que el derecho de acceso a la jurisdicción es incondicionado porque no existen ámbitos, objetiva o subjetivamente, exentos de jurisdicción. Así que si se realizase una exclusión, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva sin más, sin tener que enjuiciar constitucionalmente lo razonable y proporcionado de la exclusión. En cambio, el derecho a una resolución sobre el fondo pasa por el cumplimiento de los requisitos procesales, de manera que los últimos sólo serían inconstitucionales si no son razonables o si la consecuencia jurídica ligada a su incumplimiento es desproporcionada con su entidad.

Una sentencia es procesal cuando no resuelve el fondo del asunto, cuando no decide la cuestión litigiosa y el objeto del proceso queda tal y como estaba al incoarse el proceso por la parte actora, es decir, la pretensión no es enjuiciada. Esta situación aparentemente contraria al objetivo del ejercicio del derecho fundamental es legalmente posible puesto que es la debida y válida constitución de la relación jurídico-procesal, a través de todos sus elementos, la que en principio hace viable la sentencia de fondo.

Por el contrario, la sentencia de fondo decide sobre el objeto del proceso, matizado por el llamado «objeto de debate» que delimitado por las defensas, resistencia u oposición de fondo de la parte demandada (que también denominaré excepciones materiales), permite al tribunal competente resolver sobre la contienda. No obstante, no siempre esta sentencia es fruto de un proceso donde no están presentes cuestiones procesales -subsanales o no- que debieron impedir el o los pronunciamientos sobre la cuestión litigiosa. No es raro que el recurso devolutivo en su resolución, de oficio o a instancia de parte, aprecie alguno o algunos óbices y decrete la nulidad de la sentencia y, en su caso, de las actuaciones anteriores a ésta. Del mismo modo es posible y ocurre, aunque no con frecuencia, que la primera sentencia que resuelve el fondo sea del tribunal *ad quem*. Éste, obviando la cuestión procesal que el órgano *a quo* decía impedirle entrar al fondo no comparte el obstáculo y decide la pretensión sin devolver las actuaciones al inferior para que entre a resolver, y esto por contar, según su criterio, con todos los elementos de juicio necesarios para fallar.

261 DÍEZ PICAZO, I., «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho)», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10 (mayo-agosto, 2000), INAP, Madrid, p. 25.

La Exposición de Motivos de la LEC, precisando sobre la efectividad de la tutela judicial, dice textualmente: «...nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia» (I), «...es una exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial que se resuelvan, cuanto antes, las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el fondo del asunto litigioso y cualquier otro tipo de resolución que ponga fin al proceso sin resolver sobre su objeto, tras costosos esfuerzos baldíos de las partes y del tribunal» (XII). La materia, por tanto, precisa detallar las cuestiones procesales, distinguir la cualidad de las subsanables respecto de las que no lo son, y todo ello, para insistir en que su pronta detección, puede evitar muchas injustificadas sentencias de esta clase y ahorrar tiempo, dinero y esfuerzos a las partes, a los tribunales y a otros sujetos implicados con el proceso.

Con este objetivo es necesario recordar, ahora brevemente, los elementos que integran la relación jurídico-procesal puesto que las cuestiones procesales -tradicionalmente denominadas excepciones procesales, y todavía hoy ocasionalmente en diversos preceptos de los textos de enjuiciamiento- precisamente operan para poner de manifiesto defectos, irregularidades, omisiones o circunstancias definitivas que obstaculizan o truncan la válida constitución de esta relación jurídica, impidiendo así decidir sobre el fondo de la cuestión litigiosa. En términos generales se distinguen los sujetos, el objeto procesal y el contenido, en el que se observa el *iter*, la tramitación o el procedimiento por el que transcurren el proceso ordinario y las distintas modalidades procesales.

Los sujetos que interactúan en la relación incorporan a los tribunales u órganos jurisdiccionales del orden social (Juzgados de lo social, Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y Sala de lo Social (IV) del Tribunal Supremo) a los que se suman los Juzgados de lo Mercantil, órganos especializados del orden civil y con atribución de competencia material social *ex art. 8-2º de la Ley 22/2003*, de 9 de julio, Concursal²⁶². Todos ellos han de contar en cada caso con jurisdicción concretada en sus respectivas competencias material -objetiva o sustantiva-, funcional y territorial. Estos interactúan principalmente con las partes procesales, en su posición actora o demandante y demandada, que precisan de capacidad material y procesal, legitimación y la acreditada representación por la que han optado voluntariamente en la instancia, y de forma preceptiva para los recursos de suplicación y casaciones. Con ellas y para ciertos procesos deben su presencia el Ministerio Fiscal²⁶³, el FOGASA, los sindicatos como parte o como coadyuvante, y otros sujetos que bien por el cauce probatorio o por sus atribuciones en distintos actos procesales, juegan su papel procesal.

El objeto procesal o la pretensión, incluye el *petitum* o *petita* y la causa o causas de pedir, integrada a su vez por su vertiente fáctica y jurídica que, en definitiva, constituye el fundamento de la petición. El procedimiento presenta una relevante singularidad con la regulación de la «evitación del proceso» puesto que se configura como requisito pre-procesal a través del intento de conciliación, mediación o arbitraje o de reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o agotamiento de la vía administrativa para demandar, en ciertos casos, a antes de naturaleza jurídico-pública y, en ambos trámites, con excepciones.

262 BOE núm. 164, de 10 de julio.

263 Véase SEMPERE NAVARRO, V., «El papel de la Fiscalía según la LRJS», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5/2013 parte Tribuna, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\1674).

B) Declarativas, de condena y constitutivas

Esta clasificación repara en la pretensión o tutela que se demanda en los distintos procesos y, en consecuencia, en la acción concretamente ejercitada (aun no siendo sinónimo de pretensión, y considerada como el derecho de libre acceso a la jurisdicción). Su correcta ubicación en los tipos de procesos nos lleva al proceso declarativo o de cognición «a través del cual los tribunales *dicen* el derecho en el caso concreto», a la tutela declarativa ordinaria, dejando de lado la ejecutiva y la cautelar²⁶⁴. En este sentido, el art. 5.1 de la LEC se refiere a las clases de tutela jurisdiccional con estas palabras: «Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley».

Con las sentencias *declarativas*, sea en sentido positivo o negativo, se busca una declaración de certeza judicial sobre la existencia o no de una relación jurídica, de una situación jurídica. Son denominadas también acciones de cognición o conocimiento y el pronunciamiento debido, si se trata de una mera declarativa, otorgará a aquéllas la certeza sobre su existencia, su alcance o su modalidad. Quienes distinguen esta categoría de las constitutivas, inciden en que en las primeras la situación a enjuiciar preexiste al proceso, mientras que con las segundas se crea un estado jurídico nuevo que no existía antes que aquél. Esta distinción pierde fuerza bajo la consideración de que puede afirmarse que toda sentencia concreta sus efectos, incluso en determinados casos con alcance temporal retroactivo.

Tradicionalmente se contempla como sentencia *constitutiva* la que constituye, modifica o extingue una relación jurídica entre las partes anterior a la tramitación del proceso. Se produce también una declaración de certeza pero *ex novo*, con la sentencia.

Las sentencias de *condena*, las más comunes por su frecuencia, resuelven una pretensión que incluye en su petición un pronunciamiento de condena a una prestación concreta conforme al Código Civil: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa», art. 1088. Así que la condena se pronuncia con carácter positivo respecto a la obligación que implica -dar, hacer-, o negativo -no hacer, abstenerse de- para la parte demandada. La actora, que ha de ostentar un derecho obtiene así, en su caso, un título con fuerza ejecutiva jurisdiccional. Es también muy habitual que en los procesos sociales se dicten sentencias simultáneamente declarativas y de condena, constitutivas y de condena, así como declarativas, constitutivas y de condena, a un tiempo.

No obstante la posibilidad de ejercitar a través del proceso social acciones meramente declarativas parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1951, y se normalizó para las pretensiones individuales con la STC 71/1991. En el proceso que culminó con la última sentencia señalada, se pedía la calificación de una prestación de servicios como laboral y se aludía a modalidades procesales de la entonces vigente LPL que eran meramente declarativas, como el conflicto colectivo o clasificación profesional. Se asentó su fundamento en el art. 24 CE bajo la condición de la existencia de un «interés digno de tutela», al que se suman la

264 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 599.

exigencia de una controversia (quedando excluidos los consejos u opiniones del Magistrado, y las cuestiones no actuales ni efectivas, futuras y/o hipotéticas) y que la acción precise protección jurídica²⁶⁵. El TC se expresó en estos términos: «No es posible afirmar que la prestadora de los servicios carezca de interés inmediato en determinar si los mismos son o no laborales, dadas las consecuencias trascendentales que se derivan de la calificación de ese contrato de trabajo. En efecto, la calificación de una relación como laboral conlleva un importantísimo cumulo de consecuencias jurídicas en cuanto determina la aplicación del ingente bloque normativo constituido por las normas de trabajo y seguridad social. Se trata, en definitiva, de alcanzar el «estatuto» de trabajador -entendido, como parece hacerlo el arto 35.2 C.E., como conjunto de normas que disciplinan la prestación de trabajo por cuenta ajena-. Es más. Sin necesidad de entrar en las particulares coordinadas fácticas del supuesto -transferencia de servicios entre las Administraciones codemandadas- no puede olvidarse que la calificación de las relaciones de servicios es fuente de un conflicto permanente entre quien recibe los servicios y quien los presta. Aquel intenta encubrir la naturaleza de la prestación recurriendo a la creación de apariencias formales cuyas consecuencias jurídicas han de ser soportadas por éste en razón de su inferioridad en el plano socioeconómico. En este contexto, el interés en la obtención de una declaración como la solicitada por la demandante de amparo no puede calificarse de gratuito, puesto que además permite poner en juego una serie de valores, principios y derechos constitucionales de tutela del trabajo. Por las enormes consecuencias jurídicas que, tanto en el plano constitucional como legal, conlleva la calificación de una relación como laboral o de otro tipo ha de reputarse digna de tutela judicial efectiva la acción encaminada a su determinación, aún más cuando no existe ningún obstáculo legal directo a la posibilidad del ejercicio de esa acción» (F.J. 5º). Estas pretensiones no cuentan con tutela judicial ejecutiva pero sí pueden determinar con la sentencia inscripciones en registros públicos y distintas actuaciones administrativas sancionadoras y liquidadoras.

Tenemos pronunciamientos coherentes con esta doctrina en los que se estiman encuadrables en el marco de acciones meramente declarativas, pretensiones como el reconocimiento de una determinada antigüedad: «...resulta obvio que la pretensión de que se declare una determinada antigüedad de la trabajadora en la empresa es encuadrable dentro del catálogo de pretensiones declarativas y si bien, cierto es, tal pretensión suele venir acumulada objetivamente con otras pretensiones: indemnización por despido, reclamación de diferencias salariales o de complementos de antigüedad...; nada impide que dicha cuestión, cuando es objeto de controversia, sea ventilada y decidida en un proceso ad hoc con un pronunciamiento meramente declarativo. Ello es así, porque la acumulación objetiva se concibe por regla general como una facultad del actor, no como una obligación...»²⁶⁶.

Es recurrente el caso de las acciones meramente declarativas sobre cesión ilegal de mano de obra a las que no se acumulan reclamaciones de cantidad y en las que la actora opta por consolidar su relación indefinida con la empleadora cesionaria, que venía siendo la real. Si bien la opción fuese por la cedente, aunque tampoco legitimase una tutela judicial ejecutiva, parece atisbarse en algunos pronunciamientos judiciales cierto efecto constitutivo: «Pero esto no impide que si se ejercita la opción -como lo será normalmente- por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación

265 GALINDO FERRERO, V., «Las acciones declarativas individuales en el proceso laboral», *Aranzadi Instituciones*, BIB 2008\1983.

266 STSJ Cataluña de 19 julio 2013 (Rec. nº 7334/2012), F.J. 2º.

laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición» (STS 05/12/06 -rec. 4927/05 -).»²⁶⁷, criterio éste que se considera superado por otros anteriores en el tiempo²⁶⁸. La conclusión se alcanza atendiendo a la modificación o novación de la relación laboral obligatoria que pasa a declararse definitiva. En este sentido: «...me estoy refiriendo a la acción contemplada en el artículo 43.4 ET, cuya naturaleza constitutiva no ofrece duda alguna, aparte de que la demanda pueda ser compleja, pues en ella cabe que estén presentes aspectos constitutivos —la adquisición de la condición de fijo en la concesionaria— y de condena —reclamación de las diferencias salariales correspondientes—. No obstante, algún pronunciamiento ha mostrado dudas en cuanto a su calificación como constitutiva en este caso, inclinándose por hacerlo exclusivamente cuando la opción sea a favor de la concesionaria, pues, según esta opinión, cuando se opta por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, dado que ni con ella ni con la sentencia que la acoge se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. De tal forma que ese concreto efecto sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este supuesto, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión»²⁶⁹.

No comparto este argumento porque en estos casos como en otros (declaración de relación laboral, declaración de relación indefinida), el tribunal social realiza una declaración de certeza *ex novo* con su sentencia que no creará un objeto de ejecución judicial más allá de los efectos de la presentación de la sentencia en diversos organismos públicos para regularizar la situación jurídica ahora cierta, definitiva y firme y de que aquéllos se retrotraigan al comienzo de la cesión, o claro está tras la incoación de otros procesos en los que invocando el efecto positivo de la cosa juzgada se obtengan condenas ejecutables.

Una cuestión aleccionada, pasiva y activamente, ha sido que el ejercicio de una tutela declarativa, por ejemplo, tan habitual como la calificación laboral de una relación jurídica no documentada como tal, permite el ejercicio de la acción cuándo aquella aún está vigente y que extinguida, la pretensión posible sólo era la de despido. Sin embargo, algunos tribunales, y más en concreto el TS en una cercana sentencia no mantiene este criterio. La acción meramente declarativa se ejercita tras meses de producirse la extinción y, no obstante, aprecia también la concurrencia de los necesarios requisitos para su viabilidad, a saber, pretensión con contenido propio y específico, con un interés concreto, efectivo y actual, primando sobre el interés mediato de obtener en su día ciertas prestaciones de Seguridad Social el inmediato de obtener la certeza sobre la naturaleza laboral o no de la relación jurídica pretérita «que, de no resolverse a través del proceso incoado, habría de permanecer, como cuestión litigiosa latente y no resuelta, hasta tanto concurrieran en la actora las condiciones para acceder a las prestaciones públicas a que hubiera lugar, momento en el que la dilación temporal, y la consiguiente dificultad probatoria que ello puede comportar, agravaría sustancialmente, si no imposibilitaría, la satisfacción de

267 STS de 9 de diciembre de 2009 (RCUD núm. 339/2009), F.J. 3º.

268 SSTs Social de 3-2-2000 (Rec. núm. 1430/1999), 14-9-2001 (Rec. núm. 2142/2000), 17-1-2002 (Rec. núm. 3863/2000), 16-6-2003 (Rec. núm. 3054/2001), 3-10-2005 (Rec. núm. 3911/2004) y 30-11-2005 (Rec. núm. 3630/2004).

269 CASTRO de MEJUTO, L.F., *La acción constitutiva en los procesos laborales*, www.netbiblo.com, (28-01-2016), La Coruña, 2009, p. 127.

un interés que, al tiempo de formularse la demanda, ya se manifiesta como legítimo y por ello también actual»²⁷⁰.

Destacado también, y de total actualidad, es el supuesto del despido colectivo, en concreto cuando su impugnación judicial es colectiva. El apartado 3 del art. 124 de la LJS otorga naturaleza declarativa a la sentencia que se dicte tras demandar el empresario para que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. En relación con el proceso iniciado por los representantes de los trabajadores, el apartado 11 de la misma norma, contiene los distintos pronunciamientos posibles sobre la decisión extintiva y, aunque no asigna una naturaleza expresa a la sentencia como en el caso precedente, se entiende que también lo hace de forma implícita²⁷¹. Sin embargo, en el art. 247.2 LJS se declara aplicable la modalidad de ejecución del propio precepto al despido colectivo en que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula y, de nuevo sin embargo, el apartado 11 del art. 124 dispone que la sentencia que la declare nula, declarará también el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo conforme a lo previsto para el despido disciplinario (por remisión a través del art. 123.2 y 3 LJS), es decir readmisión en las mismas condiciones y abono de los salarios de tramitación. Pues bien, en este punto y antes de continuar con otras previsiones al respecto e incluso sin reparar en la diversa cualidad de las causas de nulidad legalmente tipificadas, me resulta claro, en principio, sin mayor reflexión que nos encontramos con una sentencia «mixta», declarativa y de condena, exactamente igual que si de de la declaración de nulidad de una decisión extintiva individual o plural se tratase. Descarto, por tanto, la duda sobre la alternativa entre la naturaleza meramente declarativa o de condena que se ha venido barajando en torno a estas concretas sentencias²⁷². Ahora bien para tal conclusión es sin duda necesario fiscalizar de forma rigurosa el contenido de la demanda por lo que se refiere a las condiciones exigidas legalmente en su contenido, que posibilitan la posterior individualización de los trabajadores afectados y el cumplimiento de la sentencia, cuando se formulan pretensiones de condena (art. 157.1 a) LJS).

C) Verbales y escritas

Cuando las leyes procesales se refieren a la forma de la sentencia, dan por hecho en términos generales su representación escrita («En el *texto* de la sentencia...» Art 97.4 LJS)²⁷³. Sin embargo el art. 50 de la LJS (En el Cap. II del Tít. IV del Libro I) autoriza las sentencias orales -verbales o *in voce*-. Se trata de una eventualidad poco frecuente pero posible legalmente y real. Se justifica en la celeridad y eficacia procesales, y el precepto se refiere, por tres veces y exclusivamente, al «juez» por lo que las sentencias orales sólo pueden ser del magistrado de los juzgados de lo social. Distingue la norma dos casos: la sentencia oral -apdo. 1-: «El juez, en el momento de terminar

270 STS de 29 de octubre de 2015 (RCUD núm. 1580/2014), F.J. 4º.

271 BELLIDO ASPAS, M. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M., *Sistema de derecho procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2015, p. 270.

272 Véase MOLINA NAVARRETE, C., «Algunos aspectos procesales especialmente relevantes y conflictivos del despido colectivo.» En *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012*, Aranzadi, SA, Pamplona, 2013, BIB 2013\10307, pp. 3-5 y DESDENTADO BONETE, A., «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo.», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169/2014, Aranzadi, SA. BIB 2014\3857, pp. 5-7.

273 Véanse los artículos 208 a 210 LEC («En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles.» Art. 210.3).

el juicio,...podrá pronunciar sentencia de viva voz, con el contenido y los requisitos establecidos en el apartado 2 del art. 97». Limita esta facultad a los procesos que por su materia o cuantía (se entiende, y también por no ser de «afectación general») no admitan recurso de suplicación, y pudiendo solicitar las partes la entrega del documento con su transcripción, la sentencia termina por adoptar forma escrita. No obstante, podrá hacer uso ilimitado objetivamente de esta fórmula cuando el demandado se allane totalmente así como, en su caso, para aprobar los términos de la ejecución propuesta de común acuerdo por ambas partes, siempre que manifiesten su decisión de no recurrir (si cupiese recurso).

El apartado 2º, sin embargo, limita el pronunciamiento verbal del juez al fallo, para cualquier sentencia, con motivación sucinta del mismo, pero prescribiendo la redacción posterior de la sentencia en plazo y forma legalmente previstos. Es claro por tanto que este tipo de sentencia –no puramente verbal- en ningún caso puede sacrificar el requisito constitucional de la motivación. Desde el texto refundido de 1958 y en las sucesivas leyes del procedimiento laboral esta posibilidad es una constante y la LOPJ necesariamente la contempla: «Las sentencias podrán dictarse de viva voz cuando lo autorice la Ley», art. 245.2. Sin embargo en los procesos civiles se prohíbe categóricamente esta modalidad: «en ningún caso se dictarán oralmente sentencias», art. 210.3 LEC.

Se ha valorado por la doctrina la posibilidad de dictar sentencia oral cuando se ha acordado la práctica de «diligencias para mejor proveer» (hoy diligencias finales –art. 88 LJS-) ²⁷⁴. Es una cuestión opinable, pero la fase señalada en la ley para hacerlo –«en el momento de terminar el juicio»- y la escasa afición de los magistrados de los Juzgados de lo Social a hacer uso de esta oportunidad, inclinan a pensar que no la practicarían cuando terminado el juicio aún precisan de nuevos resultados probatorios para alcanzar su convicción. Resulta también inevitable pensar que el magistrado debe tener clarísima su decisión, quizás por la sencillez del conflicto a resolver o incluso porque habiéndose anticipado a su examen antes del juicio oral, el resultado de su celebración no ha hecho sino confirmar aquella posible solución ya atisbada. La cautela del juzgador ha de ser máxima en atención a la invariabilidad del pronunciamiento emitido de viva voz que no puede obviar al redactar la sentencia si cambia su criterio.

También dispone el precepto que las partes quedan notificadas de las sentencias dictadas oralmente o del fallo anticipado y, si expresan ambas su decisión de no recurrir, en el mismo acto el juez declarará su firmeza (art. 50.3 LJS). Por último, se establece que si alguna de las partes no hubiera comparecido (se entiende en relación a la demandada, porque la incomparecencia de la actora con o sin justificación, tiene previstos legalmente otros efectos, la suspensión del juicio oral y tenerle por desistida de la demanda, respectivamente) se le hará la oportuna notificación (art. 50.4 LJS).

Es por tanto el lenguaje escrito el casi siempre utilizado para dictar la sentencia social. En términos generales, las exigencias legales sobre su forma (comprende todas las resoluciones procesales) incluyen la mención del lugar y fecha en que se decida, nombre de quien la dicte, expresión de si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que han de interponerse, plazo y requisitos para ello, depósitos y consignaciones necesarios y forma de

274 Véase VALLE MUÑOZ, F.A., «La sentencia laboral in voce», *Revista de Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 9/2004, Lex Nova, Valladolid, 2004.

realizarlos (art. 52 LJS) y a lo largo de la totalidad del presente trabajo nos estamos refiriendo a la sentencia escrita.

3. Las sentencias procesales

Las sentencias que no resuelven el fondo, en ocasiones, son inevitables. La litispendencia, el efecto excluyente de la cosa juzgada material, el pronunciamiento de falta de acción por carecer la actora de legitimación y la caducidad o la prescripción de la acción las justifican. Pero, además, se dictan sentencias de esta clase por causa de otras cuestiones estrictamente procedimentales en su mayoría. La falta de capacidad o de la debida postulación de los litigantes, los defectos en la demanda o en la reconvención, la falta de conciliación o mediación previas, la falta de agotamiento de la vía administrativa previa a la judicial, la inadecuación del procedimiento, la indebida acumulación de acciones y la falta de litisconsorcio, son anomalías que si no se subsanan determinan también sentencias procesales. Sin duda este tipo de sentencias constituye una minoría entre las decisiones judiciales pero precisamente, procesalmente hablando, requieren una atención especial porque en el perfeccionamiento de la administración de la justicia su reducción al mínimo insalvable es uno de sus objetivos.

En estos casos la actuación del justiciable y de su asistente técnico juega un papel primordial, pero el principio legal y constitucional de subsanabilidad apunta en primer lugar a la actividad jurisdiccional. Al conflicto de trabajo en todas sus vertientes y a su evitación y resolución interesa la argumentación, el criterio de los tribunales y en definitiva la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo contenidos en sus sentencias de fondo, pero su análisis es material, sustantivo y precisamente compartiendo o no sus criterios, la crisis procesal no está presente en ellas. En cualquier caso, todos los pronunciamientos procesales o de fondo exigen contar con respuesta –exhaustividad–, justificación, congruencia y, en su caso, ejecutabilidad.

Las sentencias procesales son denominadas también interlocutorias, incidentales y de absolucón en la instancia. Esta última expresión no parece la más indicada, y así se ha expresado en algunas ocasiones: «La STS de 14 de junio de 1994, RA 4819, sostuvo que en el fallo debe simplemente desestimarse la demanda sin añadir la “desafortunada frase” de “absolucón en la instancia”, pues la “excepción de cosa juzgada... no produce la absolucón en la instancia”, sino “la imposibilidad de volver a resolver lo ya resuelto de modo definitivo y firme en la sentencia anterior»²⁷⁵. No deciden el fondo de la cuestión litigiosa, no se pronuncian sobre el derecho o interés afirmado en la pretensión. La razón es que la sentencia aprecia de oficio –si se trata de una cuestión de orden público procesal– o estima una o varias excepciones-cuestiones procesales alegadas por la parte demandada que le impiden, como se dice, resolver el fondo de la pretensión demandada. Estas cuestiones pueden incidir en los sujetos, en el objeto o en el procedimiento del proceso concreto. Así que puede tratarse de problemas de jurisdicción o de competencia material, funcional y/o territorial, de capacidad material y procesal, legitimación activa y pasiva, o postulación de las partes, de incumplimientos en materia de evitación del proceso y de restricciones en la cognición del juzgador por diversos motivos relativos al objeto procesal.

275 MONTERO AROCA, J., *Derecho Privado y Constitución*, nº 8, 1996, nota p.p. 20, p. 270, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

3.1. Problemas de Jurisdicción y Competencia

El término jurisdicción procede del latín *iurisdictio onis*. Entre otros, el significado asignado por la RAE: «Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» es el que coincide con el consagrado en la CE: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...» (art.117.3), lo que significa declarar el derecho. Así que jurisdicción en sentido amplio designa la función del Estado de administrar justicia para impedir la autodefensa violenta de los intereses particulares²⁷⁶. Las aptitudes que han de reunir los elementos subjetivos implicados en la relación jurídico-procesal, el tribunal y las partes, se condicionan como presupuestos procesales al concreto proceso que se incoa.

La jurisdicción de los tribunales españoles se limita a los casos expresamente atribuidos por la LOPJ, por los tratados y convenios internacionales en que España sea parte²⁷⁷ y por las correspondientes leyes procesales y, aunque la parte demandada en el proceso pueda plantear la falta de competencia internacional o de jurisdicción a través de la declinatoria, el tribunal las apreciará de oficio tan pronto como las advierta. Lo mismo sucede con las competencias objetiva, funcional y territorial del tribunal, aunque sobre esta última, la territorial, se limita su apreciación de oficio a la existencia de normas imperativas (arts. 54 y 58 LEC). Este criterio fue unánimemente adoptado por la Sala de lo Social del TS en su Sentencia de 16 febrero 2.004 (RCUD núm. 3201/2002) cuya doctrina concluye, tras un extenso razonamiento, que las claras disposiciones del art. 54 LEC son aplicables al proceso de trabajo (D.A. Primera, nº1 LPL y art. 4 LEC) y, por tanto, para que una disposición sobre competencia territorial pueda aplicarse de oficio sin alegación de parte o incluso con sometimiento tácito de las partes, es necesario que la ley, de forma expresa y clara, haya reconocido el carácter imperativo de aquella disposición, y ni el art. 10, el 11 o ningún otro de la LJS determina tal carácter.

Los problemas de jurisdicción y competencia son cuestiones de orden público procesal. El orden público procesal se conforma «por un conjunto de valoraciones éticas, sociales, económicas y políticas, en un tiempo y espacio geográfico determinado, que al compenetrarse con el ordenamiento procesal, éste considera de obligado cumplimiento»²⁷⁸. Concretamente, se integra «por los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal recogidos en el art. 24 CE»²⁷⁹ o «se corresponde hoy con el conjunto de valores, derechos y libertades que conforman el sistema político que se configura en la Constitución; por ello el orden público procesal debe hacer referencia a ese conjunto visto en el ámbito del proceso, lo que supone referirse, normalmente, al art. 24 CE. De esta manera en un proceso se ha vulnerado el orden público procesal si se ha infringido alguno de los derechos fundamentales procesales de las partes o de los principios que configuran el proceso»²⁸⁰. Estas cuestiones, por tanto, siempre son apreciables de oficio (arts.

276 Véase GIL SUÁREZ, L., «Jurisdicción y Competencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 28, Madrid, 2001, pp. 17-18, sobre precisiones doctrinales de los conceptos generales.

277 Véase STS de 30 de diciembre de 2013 (RCUD núm. 930/2013) y STS de 18 de mayo de 2016 (RCUD núm. 3951/2014), donde reitera su doctrina.

278 PUPPIO, V.J., *Teoría General del Proceso*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 26.

279 SAN CRISTOBAL REALES, S., «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, 2011, p. 287.

280 MONTERO AROCA, J., en respuesta dada a través de correo electrónico a esta doctoranda, con fecha 9 de abril de 2005.

38, 48, 62 LEC, 9.6 LOPJ y 5 LJS). La LEC impone el exclusivo uso de la declinatoria para su control a instancia de parte (art. 39, 49, 59 y 63 LEC), y el régimen jurídico que a este instrumento se atribuye propicia que los posibles problemas en torno a estos presupuestos procesales deban advertirse, con carácter preclusivo, al comienzo del proceso. De este modo se sortea la reiteración de las actuaciones procesales inútilmente realizadas ante otro tribunal.

Como se aspira a evitar o paliar cuanto antes los obstáculos que impidan al tribunal satisfacer la tutela que se le solicita, es decir, dictar una sentencia sobre el fondo del asunto litigioso planteado, debe observarse que no todas las cuestiones objetables en materia de jurisdicción y competencia pueden lograr aquella finalidad a través de los mecanismos previstos o, mejor, no todos ellos realmente son óbices procesales observables de oficio o a instancia de parte al inicio del proceso, sino que en algún supuesto es necesario entrar a conocer el fondo a través de las distintas fases procedimentales previstas para cada proceso.

Así sucede ante determinadas pretensiones en orden a decidir el orden jurisdiccional competente. En el marco del examen y resolución de las «cuestiones procesales» (excepciones), y en relación con la audiencia previa al juicio ordinario (Capítulo II del Título II del Libro II), la LEC excluye de este momento procesal el planteamiento por el demandado de la falta de jurisdicción o competencia del tribunal pues debió de denunciar estos defectos en los presupuestos procesales en un momento anterior y a través de la declinatoria (art. 416.2). Esto significa que la llamada «incompetencia de jurisdicción», deducida tradicionalmente por la parte demandada como excepción procesal por entender incompetente el orden jurisdiccional al que pertenece el tribunal ante el que ha sido demandado, quedaría excluida de debate como excepción en el trámite de la audiencia previa al juicio ordinario civil o en el acto de la vista oral para el verbal (art. 443.2.2º LEC).

La aplicación supletoria de la declinatoria al proceso de trabajo no se ha traducido, sin embargo, en la inadmisión al demandado del planteamiento de estas cuestiones en el momento de contestar a la demanda verbalmente en el acto del juicio oral y, este dato, sin embargo, beneficia el estudio de la discusión sobre la competencia del tribunal ante el que se sigue el proceso en atención al orden jurisdiccional al que pertenece. La declinatoria para estos casos no siempre es eficaz.

Es frecuente que ante determinados conflictos individuales entre trabajadores y empresarios derivados de la relación de trabajo, la empresa demandada articule su defensa planteando previamente la «excepción» de incompetencia de jurisdicción (por razón de la materia) a partir de negar el carácter laboral de la relación obligatoria que vinculaba o vincula a las partes litigantes, es decir, «negando la mayor» y, con ello, los hechos constitutivos de la pretensión. La decisión sobre la naturaleza laboral de la relación jurídica en la que nace el conflicto no sólo precisa de la necesaria contradicción entre las partes con sus alegaciones, prueba y conclusiones sino que, sin duda, forma parte de las competencias del tribunal social, sin perjuicio de que su posible calificación no laboral surta el efecto positivo de cosa juzgada material vinculando al tribunal de otro orden y orientando al demandante para la correcta configuración del objeto procesal en un nuevo y posible planteamiento de su pretensión.

La alegación y prueba de los hechos constitutivos por la parte actora, premisa para la causa de pedir y para la petición, los hechos opuestos a la misma y su respectiva prueba, procuran al tribunal en casos dudosos las claves para decidir, positiva o negativamente, su competencia objetiva, con

independencia de que incluso en ocasiones deba emitir un pronunciamiento declarativo sobre el fondo del asunto que aporta el presupuesto necesario para pronunciarse o no sobre la petición concreta, explícitamente planteada.

En efecto, un litigio recurrente en el proceso de trabajo, lo proporciona el debate procesal sobre la naturaleza laboral o no de la relación contractual de las partes litigantes. Y hay que añadir que, cada vez más, a través del procedimiento de oficio a instancia de la TGSS o de la autoridad laboral (ITSS). Esta coyuntura responde al gran número de situaciones fraudulentas y a las crecientes zonas «grises, oscuras o fronterizas» entre la relación obligatoria civil o mercantil y la laboral. La pretensión correspondiente puede diseñarse por la actora como *petitum*, tutela específica y única solicitada en su demanda, o como petición implícita o explícita acumulada a otra concreta y sin cuya resolución motivada, previa y favorable no puede resolverse la segunda, o lo que es igual como hechos constitutivos de su pretensión cuya carga probatoria le incumbe como principal cometido. Debe afirmarse, en todo caso, que el pronunciamiento sobre esta pretensión, se incluya o no en el fallo de la sentencia, produce una sentencia de fondo, incluso cuando su desestimación impida al tribunal entrar a resolver sobre la otra petición concreta acumulada.

A pesar del planteamiento formal que sobre esta situación se practica ante los tribunales no está de más orientar la excepción al sujeto demandado y su legitimación pasiva, pues al negar la naturaleza laboral de la relación obligatoria afirmada por la actora, se rechaza realmente la condición de empleador con la que se le demanda, lo que no es sino una defensa de fondo relativa a su falta de legitimación pasiva *ad causam*, para cuya resolución se precisa en todo caso la celebración del juicio oral en todas sus fases y la correspondiente decisión de fondo en la sentencia.

Sin embargo, el examen de determinados preceptos de la LJS demuestra que en ella no se considera la misma conclusión. Su art. 5.2, en relación con la apreciación de oficio por el tribunal de su incompetencia por razón de la materia (también para la funcional), dispone que al verificarla en la sentencia se abstendrá de entrar en el conocimiento del fondo del asunto. Es decir, se concluye que la sentencia que de oficio o a instancia de parte (aunque este caso no se contempla en el precepto comentado) declara la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia traba, con carácter general, la sentencia de fondo, y es aquí donde negamos tal conclusión cuando de la discusión sobre la naturaleza laboral de la relación obligatoria se trata.

El sujeto que con una relación obligatoria documentada o no, pretende su declaración de laboralidad a partir de la alegación y prueba de los elementos definitorios del contrato de trabajo (art. 1.1 ET) y configura esta petición como tutela única y concreta demandada, no puede considerar competentes a otros tribunales que no sean los del orden social. A partir de aquí y aunque en todo caso la demandada fundamente su oposición bajo la forma de excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, la sentencia, incluso desestimatoria que comienza su fallo bajo la expresión «Que estimando la excepción... debo desestimar y desestimo la demanda...», habrá satisfecho la tutela solicitada mediante un pronunciamiento y una sentencia de fondo sobre el objeto del proceso, produciendo los efectos de la cosa juzgada material y habiendo desplegado, sin género de dudas, una actividad jurisdiccional definitiva.

Bajo este prisma y a pesar de la literalidad del art. 5.2 LJS parecen no existir razones que pudieran negar la misma consideración a las sentencias que motivan o justifican, tras el necesario debate procesal, la incompetencia de jurisdicción apreciada de oficio o a instancia de parte por

la no laboralidad de la relación obligatoria, y que impone la falta de pronunciamiento de fondo sobre otra petición expresamente formulada, pues su resolución, precisa el pronunciamiento que rechaza la relación obligatoria laboral entre las partes. Es posible que otra interpretación se deba a calificar erróneamente como causa de pedir la solicitud implícita de laboralidad y no como otra petición acumulada. En conclusión, la apreciación de oficio de incompetencia de jurisdicción distinguida en la sentencia por el examen y resolución de la no laboralidad de la relación entre partes no priva a aquélla de su condición de sentencia de fondo, así como tampoco lo hace cuando se adopta este pronunciamiento a través de la estimación de la excepción deducida por la parte demandada.

Por ello, se insiste, obviar la exigencia y con ella la aplicación en el proceso de trabajo de la declinatoria para denunciar por la demandada la incompetencia objetiva del juzgado de lo social en estos supuestos, concretos pero frecuentes, donde se discute la naturaleza laboral de la relación obligatoria, acoge el necesario pronunciamiento en sentencia de fondo para el que indudablemente es competente el juzgado de lo social.

Otro aspecto que merece señalarse en materia de competencia objetiva deriva de una de las ampliaciones materiales operada por la LJS en favor de los tribunales sociales para resolver sobre la impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social, distintos a los relativos a la acción protectora (apartado o) del art. 2), incluidos los recaídos en el ejercicio de la potestad sancionadora y exceptuando los de la letra f) del art. 3, es decir, los referidos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas, y actos de gestión recaudatoria y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la TGSS.

Sobre esta materia, el TS ha rectificado su doctrina y declarado competente al orden social para resolver sobre la impugnación de una sanción impuesta en acta de infracción de la ITSS y confirmada por Acuerdo del Consejo de Ministros, con motivo de un impago de cuotas a la Seguridad Social. La Sentencia de 22 de julio de 2015 (Rec. núm. 4/2012 -Autos-, puesto que resuelve en única instancia) interpreta el anterior precepto restrictivamente. No encuadra en él la sanción impuesta por infracción de normas de Seguridad Social cuando la misma no lleve aparejada una liquidación de cuotas, ni se haya suscitado controversia en torno al importe de las mismas (F.J. 2º). Sigue así el criterio alcanzado por su Sala Especial de Conflictos de Competencia²⁸¹. Hasta entonces el Alto Tribunal integraba estos supuestos en el escenario de la gestión recaudatoria, excluyéndolos, por tanto, de la competencia material de los tribunales sociales²⁸².

También se ha venido disputando la competencia objetiva en el conflicto relativo a la impugnación jurisdiccional de la decisión empresarial de despido colectivo de empresas en concurso. Entre el orden civil, a través de los especializados Juzgados de lo Mercantil, o las Salas

281 En su Auto núm. 15-2014 de 24 de septiembre de 2014.

282 Véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «Un nuevo episodio en el atormentado mundo de las relaciones entre los órdenes social y contencioso en materia de seguridad social: el caso de la impugnación de las actas de infracción sin liquidación de cuotas.», *Revista de Información Laboral*, núm. 11/2015 parte Art. Doctrinal, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015\17107, de Aranzadi Instituciones).

de lo Social de los TSJ o la de la Audiencia Nacional -según el alcance de sus efectos-, el TS aplica la doctrina de su Sala de Conflictos. Si la fecha del despido es anterior a la de la declaración del concurso, es competente el orden social, si es posterior resuelve el Juzgado de lo Mercantil²⁸³. Similar doctrina se aplica para decidir la competencia del Juzgado de lo Mercantil cuando el trabajador/es demanda la extinción causal del contrato de trabajo *ex art. 50.1. b) ET* (o por/por otro incumplimiento grave de la empresa), claro está, ante el Juzgado de lo Social y aún no hay declaración del concurso. Y digo similar, porque la única posibilidad que tienen en este caso los trabajadores de escapar a su inclusión en el despido colectivo que resuelve el Juez del concurso es contar, también antes de la declaración, con la correspondiente sentencia social firme que declara extinguida la relación laboral²⁸⁴. Pero el dato preciso para eludir la suspensión (art. 64.10 LC) de las reclamaciones individuales demandadas ante el juzgado de lo social es que sean de fecha anterior a la de la solicitud de la declaración del concurso²⁸⁵.

El nuevo ámbito competencial objetivo de la LJS permite afirmar que la expresión «peregrinaje de jurisdicciones» pertenece al pasado como fenómeno que para demasiadas controversias el justiciable debía recorrer. La poderosa extensión objetiva operada se ha llegado a analizar como tendencia al «desbordamiento de la jurisdicción social»²⁸⁶, además de poner en peligro la característica celeridad del proceso social, por no ir acompañada de una ampliación de medios personales y materiales²⁸⁷. Sin embargo, hoy sigue siendo un tema no resuelto y es innegable que se mantienen zonas dudosas en la delimitación objetiva de los órdenes jurisdiccionales. A este respecto se señalan variados motivos: la deficiente técnica legislativa, razones históricas y convencionales que no cuentan con un principio general ordenador, y las indecisas soluciones jurisprudenciales para establecer directrices que resuelvan las fricciones existentes²⁸⁸.

Los conflictos de competencia entre los tribunales del orden social y los del orden civil (en la mayoría de los casos, por razón del concurso de la empresa, con el juzgado de lo mercantil) y, en superior medida, con los del orden contencioso-administrativo subsisten. La doctrina²⁸⁹ insiste en que esta prolongada situación encuentra una razón de peso: la LOPJ, la LRJCA y la LJS «utilizan criterios distintos, difícilmente excluyentes entre sí, y, muchas veces concurrentes, a la

283 SSTS de 22 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 314/2013), de 26 de enero de 2015 (Rec. núm. 173/2014), y de 27 de enero de 2015 (Rec. núm. 189/2014). Véase MOLINA NAVARRETE, C., «Algunos aspectos procesales especialmente relevantes y conflictivos del despido colectivo» en *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012 ¿Aplicación o Recreación?*, con MARCOS GONZALEZ, J.I., Aranzadi, 2013.

284 STS de 9 de febrero de 2015 (RCUD núm. 406/2014). A pesar de la doctrina jurisprudencial, merecen especial atención la obra de ÁLVAREZ GIMENO, R., *La extinción causal por voluntad del trabajador*, Comares, Granada, 2012, pp. 253-265, y el más reciente trabajo de TALÉNS VISCONTI, E.E., *El procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 103-107.

285 STS de 20 de julio de 2016 (RCUD núm. 3792/2014), F.J. 2º.

286 MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. LA LEY, Madrid, 2012, Capítulo Primero.

287 MONTOYA MELGAR, A., «La ampliación de la materia contenciosa laboral: luces y sombras», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 167/2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

288 MERCADER UGUINA, J.R., «Artículo 1. Orden jurisdiccional social», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015, p. 55.

289 QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 26, enero 2012.

hora de configurar las materias o tipos conflictivos susceptibles de incardinación en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso, máxime cuando la actuación de la Administración en su proyección laboral presenta infinidad de formas». Efectivamente, en la LJS es prioritario el objeto o la pretensión social («...conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho...» art. 1), mientras que en el orden contencioso-administrativo lo relevante es el sujeto («...conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas...» art. 1.1 LRJCA), la Administración. Sirvan como evidencia algunos supuestos cercanos resueltos por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS.

En conflicto negativo de competencia entre un Juzgado de lo social y uno de lo contencioso administrativo para decidir sobre una pretensión de compatibilidad de un contratado laboral por un Ayuntamiento, la Sala acuerda declarar la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa puesto que la demanda se ha de resolver valiéndose de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas²⁹⁰, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo²⁹¹. Otro conflicto negativo, también entre un Juzgado de lo Social y otro contencioso en materia de 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 dependencia²⁹², declara la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa porque más allá de la discusión sobre la consideración o no de las prestaciones de esta Ley como de Seguridad Social²⁹³, la atribución competencial a los órganos jurisdiccionales del orden social en el art. 2 o) de la LJS en esta materia, quedó diferida en su entrada en vigor a lo que disponga una ulterior ley que aún no ha llegado (DF 7ª.2 LJS)²⁹⁴. También como negativo entre el orden social y el contencioso, ve la Sala la impugnación del cese en la prolongación de la jornada de un estatutario docente con adscripción a un hospital, y otorga la competencia al contencioso a partir de las previsiones de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud²⁹⁵. Es cierto que los Estatutos anteriores al señalado, expresamente derogados por él, en relación con determinadas previsiones de la entonces vigente LGSS, convertía a este colectivo -para muchas cuestiones litigiosas- en víctimas del peregrinaje jurisdiccional²⁹⁶.

Respetuosamente, llaman mi atención dos aspectos. Todos los asuntos señalados y los que siguen son conflictos de competencia negativos y la mayoría, claros para su resolución con la normativa aplicable. Cada cual que saque sus conclusiones. Aún más sorprendente es el caso de una contratada laboral de la Junta de Galicia que ante la negativa del orden social y del contencioso para enjuiciar su cese como despido (se amortizó su puesto como consecuencia de la reforma de la Relación de Puestos de Trabajo) se ve en la necesidad de plantear el conflicto ante la Sala Especial para que se

290 BOE núm. 4, de 4 de enero de 1985.

291 Auto de 10 de marzo de 2016 (Rec. núm. 27/2015).

292 BOE núm. 299, de 15 de diciembre.

293 Véase OLARTE ENCABO, S., «El peregrinaje de los dependientes o la diferida ampliación competencial del orden social en materia de prestaciones de dependencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 –RCUD 1115/2013», *Revista de Trabajo y seguridad Social*, núm. 372 (marzo 2014), CEF, Madrid, pp. 169-170.

294 Auto de 3 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 16/2015). También en Autos de 29 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 9/2015), de 20 de abril de 2015 (Rec. núm. 38/2014).

295 BOE núm. 301, de 17 de diciembre.

296 Se trata del Auto de 2 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 13/2015).

ordene al Juzgado de lo social resolver sobre el fondo del despido²⁹⁷. No obstante, con este colectivo, el personal laboral de la Administración pública, la Sala aprecia dos momentos para discernir sobre el orden competente -Teoría de los «Actos separables»²⁹⁸-. Distingue entre convocatorias por las que se accede al vínculo laboral con la Administración desde el exterior -el enjuiciamiento corresponde entonces a la jurisdicción contencioso administrativa- y aquellas otras convocatorias de carácter restringido, a las que sólo tienen acceso quienes ya tuviesen un vínculo laboral con la Administración, en cuyo caso la competencia corresponde al orden jurisdiccional social²⁹⁹. El mismo criterio mantiene la Sala Especial en relación con el personal estatutario³⁰⁰.

También declara la Sala la competencia de la Jurisdicción Social, en conflicto negativo con el contencioso, cuando lo que pretende la empleadora -un Ayuntamiento- es reducir el importe de las bases de cotización, y con ello de la base reguladora de la prestación reconocida a un empleado por el INSS. No se considera un acto de gestión recaudatoria, sino prestacional³⁰¹. La Sala ha declarado que «Para resolver si un asunto sometido a la consideración de esta Sala Especial de Conflictos es competencia del orden jurisdiccional social o bien del contencioso-administrativo “ha de estarse al objeto del proceso”, siendo “determinante a efectos de la atribución competencial la reclamación contenida en la demanda rectora” del mismo, teniendo muy presente que la decisión de las cuestiones de fondo en uno u otro sentido determinan el signo del pronunciamiento, pero no afectan a la competencia jurisdiccional (Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia (art. 42 LOPJ) de 17/12/09 (Conflicto de Competencia nº 86/08), y las sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo que en el mismo se citan). Lo decisivo, es, por tanto, determinar si en la pretensión ejercitada sobresale el aspecto público del ejercicio de potestades administrativas, o bien predomina el papel de empleador que adopta la Administración ejerciendo potestades laborales»³⁰².

Tiene interés la STS de 11 de enero de 2017 (RCUD núm. 1689/2015). En ella se decide en torno a la competencia para ejecutar la obligación de pagar ciertas cantidades impuesta a una empresa concursada en un caso de posible sucesión en la titularidad de la empresa *ex* art. 44 ET, y claro la presunta sucesora ejecutada no ha sido parte en el concurso. Se duda sobre si corresponde a la jurisdicción civil, al juez del concurso, o a la jurisdicción social. La Sala ya había decidido la competencia del orden social para pronunciarse sobre posibles sucesiones en la titularidad de la empresa y su doctrina se ha seguido por la Sala Especial de Conflictos de Competencia. Pero sin esta premisa, no puede despacharse ejecución frente a la sucesora que no ha sido parte en el procedimiento concursal ni como deudora ni como acreedora (F.J. 3º).

Un caso muy singular de peregrinaje jurisdiccional afecta a los árbitros deportivos³⁰³. La naturaleza de su prestación de servicios sigue siendo objeto de duda entre los tribunales, y la Sala Cuarta del Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado. Algunos de los juristas que siguen

297 Auto de 21 de abril de 2015 (Rec. núm. 1/2015).

298 QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Límites jurisdiccionales...», cit., pp. 88-92.

299 Auto de 27 de abril de 2012 (Rec. núm. 2/2012), F.J. 2º.

300 Auto de 14 de octubre de 2016 (Rec. núm. 16/2016), F.J. 2º.

301 Auto de 10 de febrero de 2015 (Rec. núm. 33/2014).

302 Auto de 5 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 30/2014).

303 GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «El peregrinaje jurisdiccional de los árbitros de competiciones deportivas: su liberalidad como telón de fondo», *Revista de Información Laboral* núm. 1/2016, LEX NOVA, Valladolid, 2016.

las pretensiones laborales de este colectivo, la normativa de aplicación y las escasas sentencias dictadas al respecto encuentran argumentos de peso para su integración en la relación laboral especial de los deportistas profesionales, especialmente porque sus funciones están comprendidas en la práctica deportiva y son necesarias en esta actividad³⁰⁴. Otros, señalan ciertas especialidades que distancian su actividad de la relación especial y la aproximan a la común, y subrayan como principal obstáculo el monopolio que respecto a la oferta de trabajo de los árbitros ostenta la Federación deportiva³⁰⁵.

En fin, podría continuarse el recorrido con los autos más recientes dictados por la Sala Especial en conflictos de competencia siempre negativos que implican al orden social, pero con su lectura, y a excepción de algunos que realmente suscitan incertidumbres, respecto a la mayoría puede anticiparse la decisión de su parte dispositiva.

3.2. Incidencias formales que afectan al derecho a una Sentencia sobre el fondo del asunto. Las excepciones. Aspectos generales

En el desarrollo de los juicios sociales se mantiene la práctica de comenzar la oposición a la demanda con la alegación de cuantas cuestiones procesales crea la demandada que puede impedir la sentencia de fondo, incluso, en ocasiones, sin conocer realmente el fundamento de esta resistencia formal. No obstante cada vez prosperan menos pero obligan al juzgador a pronunciarse sobre ellas. Son los medios de defensa procesales o lo que tradicionalmente entre la doctrina, jurisprudencia y práctica forense se han denominado excepciones procesales. La palabra *excepción* en nuestro Derecho fue adquiriendo tantos significados, tantos sentidos, que acabó por no significar nada pues se concluyó que todo lo que el demandado pudiera alegar, oponer para no ser condenado, sin distinción o precisión alguna, se comprendía en el término³⁰⁶. Aunque en sentido estricto excepciones son sólo las de fondo o materiales (y en ellas, en sentido propio los llamados hechos excluyentes), la práctica judicial consistente en que las cuestiones procesales fuesen resueltas en la sentencia con las excepciones materiales ha llevado a aquéllas a recibir esta denominación, la de excepciones procesales³⁰⁷.

La terminología anterior a la LEC diferenciaba las excepciones dilatorias y las perentorias. Las expresiones dilatorias y perentorias del Derecho romano, en cuyo proceso cognitorio post-clásico aparecen las distinciones entre «excepciones» perentorias o dilatorias con diverso efecto³⁰⁸, fueron asumidas por la LEC 1.881 con otro sentido, reservando las primeras, las dilatorias,

304 BASAULI HERRERO, E y MASSÉ, A., «Una aproximación a la relación laboral de los árbitros y su posible integración como relación laboral especial. La Sentencia de 14-03-2014 del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 43/2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 17 y HERNANDO ESPADA, D., «A vueltas sobre la laboralidad de la prestación de servicios de los árbitros: el caso Mitjana (Comentario a la STSJ Cataluña, de 25 de mayo de 2015)», *Revista de Información Laboral* num. 2/2016, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 3.

305 TODOLÍ SIGNES, A., «La relación jurídica de los árbitros deportivos desde la perspectiva comparada», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 49/2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 14.

306 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 378-379.

307 DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000, p. 263.

308 Con PRIETO MORERA, A., *Fundamentos para una historia del proceso español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995, p. 59 y nota 15 en p. 93.

exclusivamente para el procedimiento declarativo ordinario de mayor cuantía. A pesar de la terminología legal, la doctrina, considerando que su origen histórico carecía de razón de ser, las ha venido denominando excepciones procesales o de forma y excepciones materiales o de fondo, sin que tales términos se correspondan respectivamente a las anteriores.

Esta desaparecida distinción legal, consideraba excepciones *dilatorias* a las de naturaleza procesal de los artículos 533 y 534 LECA que podían proponerse con carácter previo en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía (Se eximia entonces al demandado de la obligación de contestar a la demanda hasta que se resolviesen a través del correspondiente auto -art. 532 LECA-) y *perentorias*, las demás. Pueden señalarse algunas diferencias entre unas y otras que clarifican aquella clasificación:

- Se consideraban dilatorias únicamente las enumeradas en el art. 533 LECA, *numerus clausus*, a las que se añadían el desaparecido, por arcaico y discriminatorio, arraigo en juicio (caución exigida al extranjero para pleitear) del art. 534 LECA y el, considerado expresamente como excepción dilatoria, planteamiento de segundas tercerías en el art. 1.538. 2 LECA.
- En el resto de procesos –los que no fuesen de mayor cuantía- las excepciones planteadas se consideraban perentorias y, por tanto, su resolución se realizaba en la sentencia (Se trataba de una distinción procedimental).
- Las excepciones dilatorias eran siempre procesales, pero no todas las excepciones procesales eran dilatorias. En el resto de procedimientos ordinarios (verbales, de cognición y de menor cuantía) y especiales, la oposición de excepciones procesales les dotaba de la calificación de perentorias porque su planteamiento se traducía, como se ha dicho, en su resolución en la sentencia. La misma calificación y tramitación recibían en el juicio de mayor cuantía las que habiéndose podido plantear como dilatorias no se proponían conforme a ese trámite.
- La excepción dilatoria de la LECA equivale hoy a «excepción de posible previo pronunciamiento»: se interpone al principio del proceso suspendiendo éste hasta la resolución de aquélla y si se estima, el demandado no tiene que contestar a la demanda. Se trataría, aunque no como excepción, de la actual declinatoria, instrumento previsto para denunciar la falta de jurisdicción o de competencia de todo tipo del tribunal. Las de «especial pronunciamiento» no suspenden el proceso y se resuelven en la sentencia definitiva. En concreto, la LEC (art. 389) considera cuestiones incidentales³⁰⁹ de especial pronunciamiento a las que exigen que el tribunal decida sobre ellas separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito.
- La excepción dilatoria, de previo o especial pronunciamiento, dependía de la voluntad del demandado (Al contestar a la demanda hacía uso de las excepciones perentorias que tuviere, y de las dilatorias no propuestas en el término previsto. Si no planteaba como dilatorias las excepciones procesales que se admitían como tales, lo podía hacer al contestar a la demanda y verlas resueltas en sentencia. Esta situación convertía su calificación en perentorias, según

309 El concepto que de cuestión incidental establece la LEC (art. 387) es el siguiente: «...las que siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso».

hemos visto)³¹⁰.

En los diferentes textos procesales laborales que se han sucedido hasta el vigente no se ha incluido regulación sobre las excepciones, así que ha sido tradicional su remisión a la LEC en esta materia y su pacífica aplicación supletoria al procedimiento laboral. Las únicas menciones en la LJS se encuentran en los artículos 14 (en relación con las cuestiones de competencia: «1ª Las declinatorias se propondrán como *excepciones* y serán resueltas previamente en la sentencia, sin suspender el curso de los autos»), 17.5 (en relación con la legitimación para recurrir: «... podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o *excepciones*,...»), 75.1 (en relación con los deberes procesales de las partes: «Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y *excepciones* formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho»), 85.2 (en relación con el juicio oral: «El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas *excepciones* estime procedentes») y 85.3 («... Formulada la reconvencción, se dará traslado a las demás partes para su contestación en los términos establecidos para la demanda. El mismo trámite de traslado se acordará para dar respuesta a las *excepciones procesales*, caso de ser alegadas»).

Por tanto, conforme a la distinción de la LECA todas las excepciones que se proponían en el proceso laboral eran perentorias, nunca dilatorias, al menos en el plano teórico. Otra cosa es que tradicionalmente en la práctica forense, antes y ahora, algunas de ellas planteadas normalmente al contestar el demandado en el juicio oral han llevado a la suspensión de éste para su subsanación. Como en los casos de falta de litisconsorcio pasivo necesario sin resistencia de la parte actora, acumulación indebida de acciones (hoy solventado con las previsiones del art. 27 LJS), falta de conciliación o reclamación administrativa previa u oscuridad o imprecisión en la demanda en relación con los sujetos o la pretensión. Decisión ésta, la de suspensión del juicio oral, siempre inspirada en el actual espíritu de la LEC: evitar inútilmente la celebración de actos procesales que hubieran de repetirse.

En cualquier caso con la lectura de sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC, puede decirse que, por el momento y en general, el planteamiento y resolución de las excepciones procesales e incluso de la falta de jurisdicción y competencia sigue produciéndose y resolviéndose igual que con la LECA -es decir, como excepciones con el correspondiente pronunciamiento en el fallo de la sentencia-. Es más, pueden encontrarse sentencias, no muy lejanas en el tiempo, de distintos órdenes jurisdiccionales en las que todavía se utilizaban las expresiones «dilatorias y perentorias»³¹¹.

Al margen de estas aclaraciones y antecedentes, seguiremos la tradicional clasificación que aún hoy se mantiene. Examinamos como excepciones procesales todas las alegaciones procesales que en el proceso de trabajo siguen invocándose en el juicio oral y resolviéndose mayoritariamente en la sentencia. Su estimación «impide» la resolución del fondo de la cuestión litigiosa. Con la LEC,

310 La desaparecida distinción ha recibido siempre críticas desde la doctrina: «error histórico» (PRIETO CASTRO), «elementos taxativos sobre una enumeración arbitraria» (GUASP).

311 STSJ Andalucía (Sevilla) Sala Social, de 13 de octubre de 2016 (Rec. núm. 2300/2015), F.J. 4º, STSJ Castilla-León (Valladolid) Sala Social, de 11 de marzo de 2015 (Rec. núm. 173/2015), F.J. 2º, STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de octubre de 2014, por citar algunas.

en el proceso civil ya es extraño que se resuelvan en la sentencia puesto que han de plantearse y resolverse de forma previa.

Algunos preceptos de la LEC utilizan este léxico. El art. 405.1 en relación con la contestación a la demanda dispone: «...el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente...», y en el apartado tercero del mismo precepto: «También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo». No obstante, la Ley parece preferir el término *cuestiones procesales* (arts. 414, 416, 417, 443 y 491 LEC).

Independientemente de una u otra terminología, el concreto significado de la oposición del demandado a través de las distintas excepciones no ha variado. Con la *excepción procesal* puede referirse a:

- La falta de presupuestos procesales, lo que impediría la correcta constitución de la relación jurídico procesal (y ello sin perjuicio de su posible apreciación de oficio, caso que nos haría abandonar el ámbito de las excepciones). Estos presupuestos³¹² pueden referirse a los sujetos, al objeto del proceso o a cuestiones procedimentales. Las excepciones procesales subjetivas pueden incidir en el tribunal en materia de jurisdicción, competencia o sometimiento del conflicto al procedimiento arbitral (aunque la LEC excluye el tratamiento de los posibles defectos de jurisdicción y competencia del campo de las excepciones haciéndolos objeto del instituto de la declinatoria), o a las partes en relación con su capacidad para ser parte, su capacidad procesal (incluso relativa, por ejemplo, la del Ministerio Fiscal) o legitimación (presupuesto subjetivo de la pretensión que no del proceso, por tanto a resolver con sentencia de fondo, en su caso, denegatoria de la tutela, por lo que a pesar de su inclusión en esta clasificación se trata de un medio de defensa de fondo según la mayoría, pero erróneamente para algún sector doctrinal³¹³) tanto propia o directa como indirecta, es decir la atribuida por ley a persona distinta del titular de la relación jurídica u objeto litigioso, y tanto si responde a la denominada legitimación por *sustitución* (actúan con base en un derecho ajeno pero pretenden la tutela para sí) como a la *representativa* (actúan en su nombre por un derecho ajeno, sin pretender para sí la tutela).
- Sobre los presupuestos del objeto procesal, se señalan como generales la caducidad de la acción³¹⁴, la existencia de litispendencia, de cosa juzgada y la falta de agotamiento de la vía administrativa o de reclamación administrativa o de conciliación o mediación previas. Debe incluirse también la falta de litisconsorcio, activo o pasivo, necesario.
- Por último, las procedimentales afectarían a la inadecuación del procedimiento, a la demanda o reconvencción por lo que se refiere a su admisibilidad por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca y a la indebida acumulación de pretensiones o acciones en la demanda.

312 Sigo, en términos generales, a MONTERO AROCA, J. y Otros, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 380-381.

313 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 267.

314 MONTERO no la incluye entre las excepciones procesales, *ut supra*.

Aquí, se clasifican y agrupan en impeditivas, por su carácter insubsanable, y pseudo-excepciones o excepciones retroactivas, porque su atributo de subsanabilidad determina con esta finalidad un paréntesis o marcha atrás en la tramitación del proceso.

3.2.1. Excepciones impeditivas o insubsanables

A. Falta de acción o de legitimación activa *ad causam*

La Constitución confiere a las personas el derecho a la tutela judicial efectiva para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1), conformándose, por tanto, desde la norma suprema el presupuesto de la legitimación *ad causam*. La ausencia de distinción alguna entre capacidad procesal y legitimación en la LECA hizo necesario que la doctrina académica y la judicial conceptualen dos acepciones de legitimación: *ad procesum* y *ad causam*. La primera, como establece la teoría científica y en terminología forense, se refiere a la capacidad que se precisa para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo³¹⁵. Actualmente contemplada en el art. 416.1.1º de la LEC, entre las cuestiones procesales («...*falta de capacidad de los litigantes...*»), asignada en el art. 6 del mismo texto legal («*Capacidad para ser parte*») y adecuada a las normas sustantivas de la rama social del Derecho en el art. 16 de la LJS -por lo que a este trabajo interesa («*Capacidad procesal...*»), la legitimación *ad procesum* nos informa sobre un aspecto formal referido a los requisitos o condiciones que, potencial y genéricamente, deben reunirse para ser parte en el proceso.

No se ignoran las precisiones doctrinales³¹⁶ que aclaran que la palabra *legitimatio* no se corresponde con su entendimiento actual, y que a pesar de las equiparaciones respectivas apuntadas y realizadas por la doctrina y por la jurisprudencia sus citas latinas en las sentencias «casi siempre se hace sin saber cuál fue exacto contenido...son expresión de una falsa erudición más que otra cosa». Con todo, a continuación no me referiré a la legitimación *ad procesum* sino a la legitimación *ad causam*, que desde su regulación legal suele nominarse con el sólo vocablo legitimación.

La pretensión demandada dará cuenta de la titularidad o no de un derecho subjetivo o un interés legítimo, lo que presupone que se haya ejercitado el derecho público a la acción. Pero puede existir «acción sin derecho subjetivo» si se distingue entre partes materiales que atiende a la titularidad activa o pasiva de la relación jurídico material, cuestión de fondo, y partes procesales que señala a la posición habilitante activa y pasiva para pedir en juicio, examinable en cuanto al fondo, pero regulada por normas procesales, lo que conduce a la legitimación extraordinaria, atribuida expresamente por la ley a quien no afirma su titularidad³¹⁷. En cualquier caso, se trata -al menos en la mayor parte de los pleitos- de una cuestión de fondo anudada a un elemento imprescindible en el objeto procesal, los hechos constitutivos. Alegados y probados necesariamente por la parte actora abrirán el camino para una posible estimación de la petición concreta o, en caso contrario, provocarán la desestimación de la demanda a través de una sentencia que indiscutiblemente

315 STS (Civil) de 18 de mayo de 1962.

316 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 454.

317 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., pp. 256-259.

resuelve el fondo de la cuestión litigiosa. La tutela de cognición demandada habrá pasado antes por la necesaria contradicción y prueba, se acabe estimando o no. Además de ser una cuestión o excepción impeditiva o insubsanable, la falta de legitimación priva de acción, por lo que su apreciación es también posible de oficio al tratarse de un contenido de orden público procesal. El art. 17 de la LJS regula con carácter general la legitimación en el proceso social pero, además, distintas modalidades procesales incluyen reglas específicas al respecto, lo que en concretos temas, como la intervención de los sindicatos, plantea desacuerdos sobre el carácter restrictivo o no de esas reglas especiales en relación con las disposiciones generales del precepto señalado³¹⁸.

La falta de legitimación *ad causam* se alega en el ámbito forense como la excepción de «falta de acción». Sin embargo, el TS³¹⁹ ha afirmado que la falta de acción no tiene un estatuto procesal definido, de forma que su utilización, generalmente imprecisa, se liga a veces a la falta de jurisdicción -normalmente por ausencia de un conflicto real y actual-, otras a la falta de legitimación activa, con declaraciones de inadecuación de procedimiento o con desestimaciones por falta de fundamento de la pretensión, pero en todo caso con desestimaciones de fondo de la demanda. Su doctrina mantiene que el derecho a la acción está justificado bajo dos condiciones:

1. La existencia de una verdadera controversia, lo que se traduce en que la pretensión contiene un interés concreto, efectivo y actual. Por tanto, no existe tal al plantearse cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, como tampoco concurre cuando se solita una mera opinión o un consejo del juez.
2. La necesidad de protección jurídica, en tanto que se ostenta un derecho insatisfecho cuya tutela se reclama con la acción³²⁰. La discordia, por tanto, sobre la concurrencia o no del interés concreto, efectivo y actual que se afirma frente a otro, surge con frecuencia -aunque no sólo- al plantear pretensiones mero-declarativas. Y en ellas, aún más, cuando la relación jurídica -de apariencia laboral o no- se ha extinguido de forma definitiva. Vigente la relación laboral, la pretensión de declaración de fecha de antigüedad, por ejemplo, que es contemplada por un Tribunal como una declaración genérica o abstracta que sólo incluye un interés preparatorio o de aseguramiento y, en consecuencia, huérfano de acción, para el Tribunal *ad quem* incide en la indemnización que pudiera corresponderle al trabajador en caso de extinción, en la posibilidad de solicitar excedencia y en la movilidad geográfica obligatoria³²¹.

Contamos con un pronunciamiento³²², a mi modo de ver, ejemplar. Extinguida la relación jurídica (mercantil) meses antes, el Alto Tribunal considera que la pretensión del actor para que se

318 Véase ALCÁNTARA Y COLON, J.M., «La cuestión de la legitimación en procesos iniciados por sindicatos a la luz de la Sentencia de la Audiencia Nacional 141/2013», *Revista de Información Laboral* núm. 7/2015, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015\2933) y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: ámbito material, legitimación, carácter potestativo y plazos de interposición», *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 155/2012, parte Estudios, Civitas, Pamplona, 2012 (BIB 2012\2801).

319 STS de 16 de julio de 2012 (RCUD núm. 2005/2011), F.J. 2º, o más reciente, STS de 8 de marzo de 2016 (Rec. núm. 82/2015), F.J. 9º.

320 STS de 20 de enero de 2015 (RCUD núm. 2230/2013), F.J. 3º.

321 *Ut supra*.

322 STS de 29 de octubre de 2015 (RCUD núm. 1580/2014), F.J. 4º, citada también en nota pie de página 270.

declare laboral aquélla, entraña acción por cuanto además de incluir un interés mediato: optar en su día a determinadas prestaciones del sistema público de Seguridad Social, contiene un legítimo interés inmediato: el demandante aspira a esclarecer la naturaleza laboral o no de la prestación de servicios. Esa «...incertidumbre que, de no resolverse a través del proceso incoado, habría de permanecer, como cuestión litigiosa latente y no resuelta, hasta tanto concuerden en la actora las condiciones para acceder a las prestaciones públicas a que hubiera lugar, momento en el que la dilación temporal, y la consiguiente dificultad probatoria que ello puede comportar, agravaría sustancialmente, si no imposibilitaría, la satisfacción de un interés que, al tiempo de formularse la demanda, ya se manifiesta como legítimo y por ello también actual». A todas luces, esta decisión revela una incontestable tutela judicial efectiva. Lo curioso es que supuestos iguales o similares, no han encontrado acogida durante largas décadas ante los tribunales sociales. El interés necesario para ejercitar la acción pasaba por la vigencia de la relación jurídica, en tutelas declarativas, o por el ejercicio en plazo de la acción por despido, una vez decidida por la empresa la extinción del vínculo. Y lo cierto es que la doctrina señalada hubiese podido justificar la acción en muchas de estas contiendas pretéritas por idénticas, similares o, incluso, más razones.

Continuando con casuística, ciertas pretensiones suscitan dudas sobre esta cuestión de forma recurrente. Así, la posible falta de acción por ausencia de legitimación activa en los procesos de conflicto colectivo forzó a la Sala de lo Social del TS a construir la doctrina sobre el llamado «Principio de correspondencia»³²³. Resultado del art. 154 LJS (su predecesor, art. 151 LPL), implica en su aplicación que los comités de empresa y delegados de personal al promover judicialmente el conflicto deben mostrar que su ámbito de actuación coincide con el de afectación de aquél y, en consecuencia, con el de incidencia de la sentencia que lo resuelva. Razón por la que en caso de afectar a todos o más de un centro de trabajo de la empresa, el comité o delegados de un solo centro carecen de legitimación para incoar el proceso. Su representación es limitada y sólo todas las representaciones unitarias de los distintos centros y el comité intercentros, si existe y tiene atribuida esta competencia, la ostentan. Pero no es sólo el cabal argumento de la correspondencia lo que sostiene esta doctrina sino también los efectos legalmente previstos (art. 160.5 LJS): el positivo de la cosa juzgada material, y una «suerte de litispendencia», en tanto que la sentencia firme colectiva vinculará a los procesos individuales pendientes de sentencia o planteables, con el mismo objeto o en relación de directa conexidad con el colectivo, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, suspendiéndose, además, los individuales -en cualquier fase procedimental en que se encuentren- hasta que se dicte sentencia firme en el conflicto colectivo.³²⁴

Por lo que a la legitimación activa en los despidos colectivos³²⁵ se refiere –protagonistas, sin duda y desgraciadamente, en el trabajo jurisdiccional cotidiano de nuestros tribunales en los últimos tiempos-, el art. 124 LJS a su través y en este aspecto, regula hasta cuatro acciones distintas.

323 Véase BLASCO PELLICER, A., «Configuración jurisprudencial de la legitimación en los procesos de conflictos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. V, parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 1997 (BIB 1997\1009).

324 STS de 24 de febrero de 2016 (Rec núm. 268/2013), FJ. 5º.

325 Véase TÁRRAGA POVEDA, J. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Legitimación activa en la nueva modalidad procesal de despidos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 2/2012, Aranzadi, Pamplona, 2012 (BIB 2012\655). Y, refutando su tesis sobre la legitimación de los trabajadores individuales, BOHIGUES ESPARZA, Mª D., «La legitimación en la impugnación colectiva de los despidos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 407 (febrero 2017), CEF, Madrid, 2017, pp. 135-136.

La de los representantes legales de los trabajadores impugnando la decisión empresarial, la de los representantes sindicales con implantación suficiente y la de la autoridad laboral competente, a través del procedimiento de oficio; En ausencia de las anteriores, la del empresario para obtener la declaración, como ajustada a derecho, de su decisión extintiva («acción de jactancia») y, por último, a falta o no de las anteriores, la del trabajador individualmente afectado, a través de la modalidad procesal para la extinción por causas objetivas. Aparentemente, los diversos supuestos de legitimación son claros. No incluye, por tanto, fórmula alguna de intervención de los sindicatos como hace con carácter general el art. 17 LJS disponiendo su legitimación y como regula específicamente el art 154 para el proceso de conflicto colectivo o el art. 151.6 en el procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, excluidos los prestacionales.

Así que, como sucede con tantos aspectos legales, la doctrina jurisprudencial ha debido de matizar. El TS³²⁶ deduce de algunos de estos preceptos y de otros no citados, una actitud «proactiva» del legislador en favor de la intervención procesal de los sindicatos cuando se conoce de intereses colectivos, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional. Concluye que la parca redacción del art. 124, a este respecto, «no puede significar una prohibición de que otros sindicatos no firmantes del acuerdo pero con implantación en el ámbito del conflicto colectivo pueden personarse, bien como demandantes bien como demandados, por aplicación analógica del art. 155 LRJS, pese a que, por razones obvias, el proceso de conflicto sea más amplio y abierto, o menos limitado en sus contenidos, que el de despido colectivo. Al fin y a la postre, el proceso especial de despidos colectivos es una variante de un proceso -también especial pero de mucho mayor alcance- como es el de conflictos colectivos».

En relación con la representación legal de los trabajadores y, simultáneamente en el mismo proceso respecto a la representación sindical, una reciente Sentencia del TS³²⁷ decide la falta de acción en ambos demandantes. Al Presidente del Comité de Empresa se la niega por no acreditar -ni hubiera podido hacerlo- la decisión mayoritaria de todos sus miembros para emprender esta acción (tal y como exige el art. 65.1 del ET), al representante sindical -litisconsorte activo voluntario- por carecer de «implantación suficiente» en relación con la afectación del despido colectivo, pues a pesar de tener representación en la empresa -sección sindical- carece de miembros en el Comité y aquél dato sólo da cuenta de tener algún afiliado en la empresa sin acreditar la implantación necesaria (principio de correspondencia).

También son destacables otros pronunciamientos en relación con la legitimación activa de la empresa en el despido colectivo³²⁸. Es negada, y en consecuencia la acción, a la empresa que codemanda al Comité e individual y personalmente a sus miembros («demanda sobre nulidad del despido colectivo» dice el Antecedente de Hecho Primero de la Sentencia, lo que parece un error, puesto que en los razonamientos se habla de validar el acuerdo suscrito). La Sala justifica su decisión

326 STS de 28 de enero de 2015 (RC núm. 35/2014). Los sindicatos a los que la sentencia recurrida había negado legitimación, habían sido llamados en la demanda, se trató de un supuesto de «intervención adhesiva» (F.J. 4º). Véase MIÑARRO YANINI, M., «Legitimación sindical y proceso del despido colectivo: una lectura de *favor actionis*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, Pleno, de 28 de enero de 2015, rec. núm. 35/2014», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 385 (abril 2015), CEF, Madrid.

327 STS de 21 de enero de 2016 (Rec. núm. 200/2015), F.J. 2º.

328 Véase DESDENTADO BONETE, A. «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 169/2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

en dos razones: no hay controversia, no hay contradicción real, no existe conflicto colectivo actual. El Comité no hizo oposición a la demanda al haber suscrito el acuerdo que se pretende validar. El segundo motivo pone de manifiesto la ausencia de la necesaria dimensión colectiva de la parte demandada, de la que carecen los individualmente demandados, sin salvar tal óbice el hecho de demandar también al Comité, por la razón ya expuesta³²⁹. Excepcionalmente y para un caso concreto³³⁰ amplió la doctrina sobre la legitimación reconociéndola a toda la plantilla de la empresa, puesto que la negociación se realizó con todos ellos (fueron los interlocutores) y sin haberse constituido una comisión *ad hoc*³³¹. En aquélla no existía representación legal, ni sindical. Así mismo, la Sala Cuarta considera que la ostenta la «comisión híbrida» designada para negociar el despido en un grupo de empresas entre las cuales unas cuentan con representación legal, y otras no³³².

Otra situación específica en torno a la legitimación que merece mención, se refiere a la de los trabajadores y/o el sindicato en los procesos concursales para impugnar individualmente el auto extintivo del art. 64 LC. Distintas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia han debido de decidir en torno a esta cuestión. La STSJ País Vasco de 6 de febrero de 2007 (Rec. núm. 2823/2006)³³³ negó la legitimación para impugnar el auto del juez del concurso que resolvió el expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales a dos trabajadores de los afectados, porque el art. 64.8 LC dispone que «las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal», y que la sentencia que recaiga en dicho incidente será recurrible en suplicación. Además, la LC atribuye el derecho a formular los recursos legalmente establecidos a quienes tengan la condición de parte en el proceso en el que se haya dictado la resolución judicial que les perjudica, y esa legitimación para intervenir como parte la ostentan, conforme a su naturaleza colectiva, «el deudor, la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo». Así que, los trabajadores directamente implicados en el expediente carecen de legitimación salvo que hayan sido admitidos como parte (F.J. 3º). En el mismo sentido se pronunció la propia Sala en su Sentencia de 21 de junio de 2011 (Rec. núm. 1019/2011) aunque los dos trabajadores pretendieron servirse en vano de su doble condición de afiliados a central sindical y miembros del comité de empresa. Idéntico criterio se siguió en la STSJ Cataluña de 24 de mayo de 2013 (Rec. núm. 7761/2012) para negar la legitimación activa de varios trabajadores afectados por la decisión extintiva colectiva y en la STSJ Madrid de 15 de enero 2016 (Rec. núm. 822/2015).

329 STS de 1 de marzo de 2016 (Rec. n° 189/2015), F.J. 2º. Reitera doctrina de su Sentencia de 26 de diciembre de 2013 (RC núm. 28/2013), comentada por DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La acción de jactancia del artículo 124 de la LRJS. Comentario a la STS de 26 de diciembre de 2013», *IUSLabor* 1/2014, *Revista electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*.

330 STS de 23 de marzo de 2015 (Rec. núm. 287/2014).

331 Véase MARÍN MORAL, I., «La legitimación activa de una comisión de trabajadores en la impugnación de un despido colectivo y causas de nulidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 42/2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2012 (BIB 2012\2900).

332 STS de 21 de abril de 2015 (Rec. núm. 311/2014). «Se reafirma, pues, la doctrina de la “legitimación activa individualmente cerrada»: MOLINA NAVARRETE, C., *La Reforma Laboral a Juicio de los Tribunales*, LA LEY, Madrid, 2016, p. 578.

333 Comentada por SEGALÉS FIDALGO, J., «Legitimación individual de los trabajadores para interponer recurso de suplicación frente al auto extintivo concursal art. 64 LC», *Aranzadi Social*, núm. 33/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007 (BIB 2007\1231).

Debe destacarse también la doctrina de la Sala Cuarta en relación con una situación frecuente y penosa. No obstante, parece que algunos juzgados y Salas de lo Social no acaban de adoptarla. Se trata de los casos en que ante el impago continuado del salario por la empresa el trabajador solicita la resolución del contrato de trabajo *ex art. 50 ET*. Tradicionalmente se le exigía continuar prestando servicios hasta obtener la sentencia constitutiva firme, so pena de sufrir un despido disciplinario por ausencias injustificadas. La LJS alivió en gran medida esta obligación al incluir, en sus normas sobre ejecución provisional de sentencias y para el caso de que recurra la sentencia el empresario, la posibilidad de que el trabajador opte entre continuar en la prestación de servicios o cesar y pasar a desempleo involuntario, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse (art. 303.3). Pero aún así, la acción de extinción causal con o sin tutela de derechos fundamentales pasa por el preceptivo intento de conciliación pre-procesal y su tramitación judicial se sirve del proceso ordinario. Así que es fácil imaginar el tiempo que tendrá que soportar esa situación hasta conseguir la sentencia favorable dictada en la instancia. No es extraño que algunos trabajadores, en el acto de conciliación administrativa manifiesten a la empresa, si asiste, que dejarán de acudir a la empresa a partir de cierto momento o que le den un ultimátum de pago con la misma advertencia, sin perjuicio de que después interpongan su demanda judicial. O que dejen de acudir al trabajo por el mismo motivo insufrible tras interponerla o tras el juicio oral sin esperar a la sentencia. Bien, pues en casos de interrupción de la prestación de servicios antes de la sentencia del juzgado de lo social, la empresa ha opuesto falta de acción por carecer de legitimación activa al haber «abandonado su puesto de trabajo», lo que se presenta al juez como una «baja voluntaria».

A este respecto, la Sala Cuarta con su Sentencia de 20 de julio de 2012 (RCUD núm. 1601/2011) dio un gran paso a favor de los trabajadores que mantiene, como puede comprobarse en otras más recientes de fechas 28 de octubre de 2015 (RCUD núm. 2621/2014) y 3 de febrero de 2016 (RCUD 3198/2014). En esta última va más allá y revisa la doctrina de la primera. El TS considera «la posibilidad de que tal permanencia en el puesto de trabajo pueda haberse interrumpido poco antes de entablarse la acción resolutoria, siempre que el incumplimiento empresarial del que se trate genere una situación insoportable para el mantenimiento del vínculo, en cuyo caso se entiende como justificado el hecho de que el trabajador pueda haber cesado en la prestación del servicio sin que ello suponga dimisión o ruptura por su parte de la relación laboral». Razona que «estamos en presencia de uno de los supuestos excepcionales de anterior referencia, por cuya virtud la relación laboral cuya resolución se está pretendiendo se mantenía aún vigente en el momento de entablarse la demanda, toda vez que lo estaba aún a la hora de postularse la conciliación previa, e incluso en el acto de su intento sin efecto, pues fue esta incomparecencia de la empresa al acto conciliatorio lo que dio lugar a que el trabajador le comunicara que, a partir de ese día, ya no asistiría más a su puesto de trabajo» y que «... Todo ello confirma la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en estos supuestos en la línea de nuestra sentencia de 3 de junio de 1988, de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales» (F.J. 3º).

Se cierra la casuística judicial en este aspecto con la legitimación activa de la TGSS para promover proceso de oficio ante la jurisdicción social en un procedimiento sancionador iniciado por Acta de infracción extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por falta de alta y cotización a la Seguridad Social. El juzgado de lo social apreció de oficio su falta y la Sala de suplicación confirmó la sentencia procesal dictada en la instancia. Pero la Sala Cuarta³³⁴ reconoce

334 STS de 7 de marzo de 2017 (RCUD núm. 3476/2015), F.J. 3º y 4º.

su legitimación activa: «siendo la imposición de sanciones una potestad que corresponde a la autoridad laboral, es ésta -la que debe imponer la sanción- la que ostenta la legitimación, no sólo para promover de oficio, a través de la oportuna comunicación, el proceso previsto en el art. 148.d) de la LJS, sino además para figurar ulteriormente en dicho proceso y durante todo su desarrollo, como parte principal (...). De este modo, la autoridad laboral, en cuanto defensora de un interés público que trasciende al de los particulares afectados por el mismo y que podría quedar sin defensa en el proceso si se le niega la intervención en él, debe estimarse legitimada en este tipo de procesos a todos los efectos. La autoridad laboral -entendida como la autoridad que ostenta la potestad sancionadora es parte en el proceso que ha de seguirse y, en consecuencia, debe ser tratada como tal, notificándosele cuantas resoluciones judiciales se dicten en el mismo y, desde luego, convocándole al juicio oral, dado que le corresponde defender el interés público, evitando que quede falto de tutela, como sucedería si no pudiera intervenir en su desarrollo, no ya tanto alegando su versión de lo sucedido (que habrá quedado expuesta en la demanda), como proponiendo la prueba pertinente para tratar de acreditarla, interviniendo en la práctica de toda la que se admita y, en su caso, impugnando cuantas decisiones se adopten por los órganos judiciales en su devenir, si no fueren de su conformidad [STS de 14 de marzo de 2006 (Rcud. núm. 133/2005)].». Criterio que adopta con fundamento normativo en el art. 19 del Real Decreto 928/1998 (Reglamento General para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes de regulación de liquidación de cuotas a la Seguridad Social) cuya aplicación no queda excluida por el tenor de su art. 6 que también legitima activamente para la demanda de oficio a la ITSS.

B. Litispendencia y cosa juzgada

Se define la *litispendencia* como la ruptura que supone el paso de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida sólo entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional³³⁵. En sentido amplio debe entenderse como un estado procesal que indica que un proceso se encuentra pendiente; en realidad, que la iniciación de un proceso y su pendencia producen un conjunto de efectos jurídico-procesales y jurídico-sustantivos. Así, «se puede decir que la litispendencia no es sino el conjunto de efectos que lleva aparejada la incoación de un proceso y su pendencia en el tiempo»³³⁶. Ahora bien lo más frecuente es utilizar el término para referirse a su principal efecto: la inviabilidad para iniciar otro proceso con idéntico objeto «al que ya está siendo tema de consideración en un proceso anterior, simultáneo o coetáneo, que todavía no ha concluido por sentencia firme»³³⁷, o, en términos procesales usuales, «eficacia excluyente de la litispendencia»³³⁸.

Otra propuesta más completa la explica como «el conjunto de efectos procesales, legalmente previstos a favor de una o ambas partes, que se manifiestan durante la pendencia de un juicio con el objetivo de garantizar la eficacia de la futura definición judicial del derecho desde la perspectiva de la duración de dicho juicio, evitando que esta duración perjudique al derecho a la

335 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso...*, cit., p. 364.

336 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 248.

337 MUÑOZ GONZALEZ, L., «Litispendencia», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 6, 2003, p. 50.

338 VEGAS TORRES, J., «La eficacia excluyente de la litispendencia», *Revista electrónica del Departamento de derecho de la Universidad de la Rioja*, REDUR nº 0, 2002.

tutela judicial efectiva de los litigantes»³³⁹. Con ella se enfatiza en la finalidad de la institución, en su componente teleológico. En este sentido la eficacia del juicio desde la litispendencia se alcanza «cuando la definición del derecho que se lleva a cabo en la sentencia firme se produzca como si ello hubiese ocurrido el mismo día en que se inició la pendencia o, de no ser así, sin que de las alteraciones ocurridas desde entonces se hayan derivado daños o perjuicios para las partes.»³⁴⁰ Afirma, además, «que la litispendencia constituye una de las principales manifestaciones procesales de la garantía de la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24, párrafo 1º de la Constitución durante el enjuiciamiento civil, al igual que la cosa juzgada lo es una vez que la sentencia deviene firme.»³⁴¹

Por lo que se refiere a la extensión temporal de la litispendencia, su comienzo o *dies a quo*, fue objeto de controversia entre la doctrina y la jurisprudencia porque la LECA guardaba silencio al respecto. Así que se barajaban tres propuestas: desde la contestación a la demanda, desde el emplazamiento o citación al demandado y desde la presentación de la demanda, si luego es admitida o con su admisión, retrotrayéndose sus efectos a la presentación³⁴². La LEC zanjó esta cuestión: «con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida» (art. 410 LEC). Este precepto ha sido interpretado considerando que la voluntad de legislador es que la propia interposición de la demanda sea la que provoque los efectos procesales de la litispendencia, incluido el espacio de tiempo que en muchos casos puede mediar para su admisión y en él la sustanciación de un posible recurso. Y ello sin perjuicio, claro, de que si al fin resulta inadmitida «tales efectos no tendrían ocasión de producirse»³⁴³. Para DÍEZ-PICAZO, esto no ha de significar problema alguno, pues «si la litispendencia no es sino un conjunto de efectos, lo que en realidad habría que plantearse es en qué momento se produce cada uno de ellos, sin que se adivine a qué puede deberse el empeño en que todos esos efectos se desplieguen a la vez. (...) De este modo, se puede concluir que la virtualidad del art. 410 LEC es fijar un *dies a quo* a aquellos efectos de la litispendencia que no tienen fijado un específico momento inicial»³⁴⁴.

La LEC, sin embargo, no dice nada respecto al momento final o *dies ad quem* de la litispendencia que coincidirá con la terminación del proceso ya se produzca de forma normal o por desistimiento, sobreseimiento, caducidad, renuncia, allanamiento, transacción o satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto. Ocurrirá en concreto en la fecha de firmeza o irrecurribilidad de la sentencia o resolución que la declare. Este silencio puede deberse a la ausencia de discusión sobre este momento -hay unanimidad entre la doctrina y la jurisprudencia-³⁴⁵.

De los efectos señalados -procesales y materiales-, sólo interesan los primeros pues uno de los requisitos que ha de darse respecto a los efectos de la litispendencia es su naturaleza procesal y ésta «se manifiesta en la intrínseca vinculación existente entre las manifestaciones

339 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 38.

340 *Ut supra*, pp. 40-41.

341 *Idem*, p. 41

342 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., pp. 248-249.

343 TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comentario al art. 410 LECiv. Comienzo de la litispendencia», *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, 2011 (BIB 2011\5119).

344 DIEZ-PICAZO, I., *Derecho Procesal...*, cit., p.249.

345 *Idem*.

de la litispendencia y los elementos objetivos y subjetivos que componen la pretensión, y por ende el propio juicio»³⁴⁶. De hecho a los efectos materiales se les ha denominado «consecuencias jurídico privadas» que el ordenamiento establece como supuesto de hecho para dotar de alguna consecuencia jurídica a la existencia de la demanda³⁴⁷. Los efectos procesales son los siguientes:

- *Perpetuatio iurisdictionis* o «perpetuación de la jurisdicción»³⁴⁸. Bajo este título y supliendo una carencia anterior a la LEC, su art. 411 establece que «las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia». Lo que significa que es el estado de hechos que existe al presentar la demanda el que determina la jurisdicción y competencia sin que modificaciones posteriores, entre las que el precepto menciona algunas de las posibles, afecten a éstas³⁴⁹. En realidad son las presuntas jurisdicción y competencia el objeto de la *perpetuatio* porque la litispendencia y sus efectos comienzan desde la presentación de la demanda y «actúan tomando como presupuesto las afirmaciones de las partes, por lo que una eventual corrección de estas últimas no elimina aquellos efectos con efectos retroactivos. Lo único que sucede en estos casos es que la *perpetuatio iurisdictionis* se habrá producido a favor del juez incompetente hasta que se extinga el juicio, o bien hasta que se produzca la remisión del mismo al órgano jurisdiccional competente.»³⁵⁰

A lo largo del proceso pueden producirse cambios en los hechos, que no alterarán la competencia del órgano jurisdiccional, o en la norma que establece la competencia y procedimiento correspondientes que no ha de determinar un cambio en la tramitación del proceso aunque, en este caso, habrá de estarse a lo dispuesto en las normas transitorias de la nueva regulación³⁵¹. Con otro criterio se considera que esta regla debería abarcar también los cambios normativos como exigencia basada en el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 CE³⁵². Con la previsión referida a los cambios en los hechos, se combaten los posibles cambios maliciosos producidos por las partes y se «impide que el Tribunal que conoce del primer juicio pueda ser tenido por incompetente cuando el cambio fáctico fundamenta precisamente la competencia del que conoce del segundo.»³⁵³, pero «no dota de inmutabilidad a la jurisdicción, ni tampoco a la competencia, sino más bien a la afirmación de las mismas efectuada por el demandante (y eventualmente por el demandado, mediante la sumisión tácita).»³⁵⁴

- *Perpetuatio iuris* o *perpetuatio legis*. Consiste este efecto en que tras el comienzo de la litispendencia no se considerarían las modificaciones que se produzcan en las normas jurídicas aplicables para la resolución del conflicto, pues atendiendo a la finalidad de la

346 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, cit., p. 197.

347 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso...*, cit., p. 369.

348 «...también denominada *perpetuatio competentiae*, *perpetuatio fori*, *perpetuatio iudicii*,...». MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, cit., p. 207.

349 Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 251.

350 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, cit., p. 213.

351 MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., p. 366.

352 Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 252.

353 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, cit., p. 211.

354 *Ut supra*, p. 214.

institución «cuando un ciudadano demanda a otro, lo hace basándose en una determinada situación normativa, y no tiene por qué sufrir las modificaciones legislativas acaecidas durante la pendencia de la litis susceptibles de eliminar o reducir la eficacia del juicio, modificaciones que nunca le habrían afectado si la sentencia se hubiese dictado el mismo día de la formulación de su pretensión»³⁵⁵. No se menciona esta posibilidad en el art. 411 LEC ni en ningún otro precepto, pero esto no representa un problema puesto que el TS considera que aplicar a la situación conflictiva la norma nueva sería tanto como modificar el objeto del proceso originando indefensión entre las partes contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de la Constitución «sin que por otra parte quepa pensar que el legislador ha querido ir más allá en su retroactividad de lo que el derecho constitucional permite»³⁵⁶. No obstante, y tan sólo en relación con la posible modificación de normas que rigen la jurisdicción y la competencia del tribunal, parte de la doctrina, como se ha indicado en la regla precedente, entiende que «la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* debería abarcar también la prohibición de que los cambios normativos afecten a la jurisdicción y la competencia respecto de los procesos pendientes; exigencia que se basa en el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, garantizado en el art. 24.2 CE.»³⁵⁷ El resto de cambios normativos, por tanto, «se neutralizarían» mediante la *iuris* y no mediante la *iurisdictionis*. Cuestión distinta es que ambos efectos pudieran quebrar si la modificación normativa estableciese su afeción a los juicios pendientes siempre que se tratase de una alteración procedimental y no referida al derecho sustantivo³⁵⁸.

- Prohibición de *mutatio libelli* y su consecuencia, *ut lite pendente nihil innovetur* o «durante la pendencia de la litis nada es innovado».³⁵⁹

Dispone el art. 412 LEC que «establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación³⁶⁰ y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente». Esta regla general y en ningún caso absoluta, referida a la prohibición de introducir alteraciones sustanciales, significa que ni el demandante puede ejercitar nuevas acciones ni el demandado oponer nuevas excepciones, y persigue evitar situaciones de indefensión para las partes mediante la ordenación del proceso a través de una regla de preclusión que afecta a la determinación del objeto del proceso³⁶¹. Su consecuencia se determina en el art. 413.1: «No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa», debiendo, en consecuencia terminar el proceso mediante el correspondiente auto, como disponen los artículos 22 y 413.2 de la LEC.

355 *Ibidem*, p. 258.

356 STS de 29 de junio de 2006 (RCUD núm. 5380/2004), F.J. 3º.

357 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 252.

358 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, cit., p. 260.

359 MONTERO le dedica un tratamiento específico, MÁLAGA estudia este efecto como *perpetuatio obiectus* «que tiende a evitar la modificación de la pretensión o pretensiones sobre las cuales se discute en el juicio, a los efectos de lograr que el objeto litigioso permanezca invariable durante toda la pendencia». *Ut supra*, p. 237.

360 Montero ni transcribe esto, pues para él el objeto sólo se fija en la demanda o en la reconvencción, con la contestación del demandado se establece el objeto de debate, que es otra cosa.

361 DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 252.

Pero a la vista no sólo de esta última excepción sino de «toda una serie de supuestos en los que la ley permite modificaciones, en muy diverso grado, que van desde una verdadera excepción a la prohibición de transformación de la demanda, a matizaciones y acomodaciones del principio general a la realidad»³⁶², «parece que la máxima *ut lite pendente nihil innovetur* tiene más excepciones que aplicaciones»³⁶³. Además de la facultad de formular alegaciones complementarias, que aclara la regla general en el apartado segundo del art. 412, en relación con hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286 y 426) también de aplicación en relación con la carga de la alegación (art. 400.1 II), encontramos en la LEC los siguientes supuestos³⁶⁴:

- Ampliación objetiva y subjetiva de la demanda: posibilidad permitida por el art. 401.2 antes de la contestación a la demanda «para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados».
- Ampliación de hechos con «nuevos o de nueva noticia de relevancia para la decisión del pleito», en la forma prevista en el art. 286 antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia.
- Presentación de «documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto» en los casos que se enumeran en el art. 270 después de la demanda, de la contestación o de la audiencia previa al juicio³⁶⁵.
- Presentación de sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa «incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia», posibilidad que dispone el art. 271.2 siempre que se hayan dictado o notificado en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones y que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.
- Posibilidad de efectuar alegaciones complementarias, aclarar las alegaciones, rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, añadir peticiones accesorias o complementarias o alegar hechos nuevos o de nueva noticia en la audiencia previa al juicio con aportación en el mismo acto de los documentos o dictámenes que las justifiquen. Incluso realizar aclaraciones o precisiones a requerimiento del tribunal, todo ello conforme prevé el art. 426.
- Posibilidad de acompañar al escrito de interposición del recurso de apelación los documentos de los casos previstos en el art. 270 «que no hayan podido aportarse en la primera instancia» y pedir la práctica de prueba en los casos que se señalan, todo ello en el art. 460.

La litispendencia como cuestión procesal se proyecta hacia fuera, *ad extra*.³⁶⁶ Se trata de evitar la incoación de otro proceso con «objeto idéntico» de forma que no lleguen a existir dos sentencias

362 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso...*, cit., p. 367.

363 Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 253.

364 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso...*, cit., pp. 367-369.

365 «Por este camino se puede producir, de modo indirecto, la alegación de hechos, aunque lo normal es que esos documentos, medios o instrumentos sean medios de prueba de hechos ya alegados, aunque nunca podrá producirse la transformación de la demanda.» *Ut supra*, p. 368.

366 «la eficacia ad intra de la litispendencia, encarnada en la ficción de inmutabilidad y en los requisitos necesarios para superarla, se revela claramente insuficiente para neutralizar todos los riesgos que pueden privar de eficacia al juicio como consecuencia de la duración del mismo, por lo que se hacen necesarias nuevas manifestaciones de la institución en examen que operen ad extra, es decir, de cara a juicios posteriores.» MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, cit., p. 273.

contradictorias. Más acertada es la conclusión tomada en un trabajo comparando los fines de la función excluyente de la cosa juzgada y de la litispendencia: «En la litispendencia, en cambio, se impide la sentencia de fondo y se intenta evitar el desarrollo del segundo proceso, no porque se considere que aquélla puede lesionar el *bis in idem* ni porque éste sea con seguridad inútil, sino porque atribuyendo a la litispendencia tales efectos se consigue, indirectamente, disuadir a los justiciables de presentar demandas relativas a asuntos ya pendientes de resolución en otro proceso, evitando así la proliferación de las anómalas y perturbadoras situaciones de pendencia simultánea de más de un proceso sobre un mismo asunto.»³⁶⁷.

El art. 416.1 LEC incluye conjuntamente «la cosa juzgada o litispendencia» en la enumeración de las cuestiones procesales que, entre otras posibles, el tribunal resolverá pues pudieran impedir «la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo», y el art. 421 se dedica expresamente a la resolución en casos de litispendencia o cosa juzgada e identifica ambas cuestiones procesales sobre la base del «objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222», es decir remite al ámbito objetivo y subjetivo de la cosa juzgada, por lo que en principio podría trasladarse lo que se verá sobre este instituto. Sin embargo la cuestión procesal de la litispendencia precisa de singulares precisiones³⁶⁸:

- Se exige que el objeto del proceso incoado y el del pendiente sean idénticos, no siendo suficiente que se trate de objetos conexos Y es que en la Teoría General del Proceso es esencial no confundir identidad con conexión. Más aún, respecto a la última se distingue una cualificada conexión que consiste en que «parte de lo que se ha de resolver en el segundo proceso o de lo que en él ha de tomarse como base haya sido jurídicamente resuelto en resolución firme de un proceso anterior. Entre la *res iudicanda* y la *res iudicata* hay una identidad parcial. Más precisamente: el objeto de la *res iudicata* es parte de la *res iudicanda* del proceso posterior. Esa parcial coincidencia es la que *permite* que entre en juego la eficacia prejudicial de la cosa juzgada», o su efecto positivo lo que precisa que un precepto, cual es el art. 222.4 LEC, obligue o autorice a considerar vinculante lo decidido³⁶⁹.
- La identidad subjetiva que implica la litispendencia no alcanza a las posiciones de las partes, basta con que coincidan los sujetos, el *petitum* y la causa de pedir. Y aún con mayor amplitud respecto de los sujetos, la Sala Cuarta se pronunció así: «Cuando el interés controvertido pertenece a los trabajadores, la personalidad de quien los represente en juicio carece de transcendencia a efectos de la identidad subjetiva y de la litispendencia o la cosa juzgada, lo que no permite reiterar idéntica pretensión por sindicato diferente en posterior proceso. Cuando se presentó la demanda de la que trae causa este recurso, pendía ante esta Sala recurso de casación sobre lo mismo, por lo que concurría la situación de litispendencia, cuyo efecto no se desvirtúa por el hecho de que en la actualidad la controversia haya encontrado una solución definitiva»³⁷⁰.
- La litispendencia se produce tanto si ambos procesos se tramitan ante el mismo tribunal que ante distintos competentes, siempre que en este caso pertenezcan al mismo orden jurisdiccional o incluso si uno de ellos se está sometiendo a arbitraje.

367 VEGAS TORRES, J., «La eficacia...», cit., p. 7.

368 Sigo a DÍEZ-PICAZO en *Derecho Procesal...*, cit., pp. 250-251.

369 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 520.

370 STS Sala Social 8 marzo 2006, rec. núm. 50/2004, F.J. 4º.

- La litispendencia habrá de apreciarse en el segundo proceso y tanto de oficio como a instancia de parte.

En esta materia la casuística procesal laboral demuestra que la claridad literal de la exigencia sobre la identidad de los objetos procesales en juego, se presta, para los distintos tribunales, a diversas interpretaciones. Sirve para su acreditación, el análisis de algunas Sentencias de la Sala Cuarta del TS. Entre las pretensiones individuales, son frecuentes las acciones declarativas que demandan la afirmación de laboralidad de la relación obligatoria existente entre las partes y/o las que pretenden, además, un pronunciamiento sobre el carácter indefinido de dicha relación jurídica. Es sabido que para estas acciones se ha venido requiriendo hasta no hace mucho tiempo la vigencia de la relación obligatoria puesta en entredicho, puesto que si el empleador ha ejercitado ya sus poderes resolutorios, no restaría al trabajador más que la acción de despido. Parece, por tanto, incuestionable que en primer término se ejercitaría la acción declarativa y, sin haber sido ésta resuelta de forma firme, concurriría la de despido. También cabe suponer que entre los objetos procesales de ambos pleitos coincidirán seguramente los sujetos, las partes procesales, incluso –y sin ser esto imprescindible– ocupando la misma posición procesal. Pero las causas de pedir y las peticiones –y no sólo porque se trate de acciones diversas– aún conectadas, no son idénticas. Si se procura acreditar la laboralidad de la relación obligatoria en un proceso por despido, estamos hablando de probar el hecho constitutivo que permitirá al juzgado un pronunciamiento sobre despido o, incluso, podríamos decir que en este caso bajo una aparente única acción, se están despachando dos: la declarativa de la laboralidad de la relación obligatoria y la del despido y su calificación, en su caso, con los efectos o consecuencias legalmente previstos para ella.

De este modo suelen sucederse estas dos acciones –o tramitarse únicamente la de despido– puesto que el trabajador muchas veces no se decide a entablar la acción declarativa por miedo a posibles represalias, con lo que sólo cuando se prescinde de sus servicios disputa en el pleito sobre despido ambas pretensiones. Por ello llaman la atención los dos supuestos resueltos por la Sala Cuarta que, a continuación se exponen. En el primero³⁷¹, además se da el poco frecuente caso de que el Juzgado de lo Social apreció de oficio la excepción de litispendencia, omitiendo, en consecuencia un pronunciamiento sobre el fondo de la litis. El iter procesal discurrió como sigue. Una agente comercial pleiteó por despido y obtuvo con la sentencia del Juzgado de lo Social la calificación de improcedencia y recurrida la resolución en suplicación, ejercitó una acción declarativa postulando la naturaleza laboral de su relación. Esta segunda acción resulta turnada al mismo Juzgado que resolvió el despido y, por éste, de oficio se aprecia la excepción de litispendencia, sin entrar en el fondo y con la curiosa y peculiar caución, en la parte dispositiva de la resolución, de que ello sin perjuicio de que se ejercite tras la firmeza y según la sentencia que se emita finalmente sobre el despido.

La lectura de esta Sentencia del Alto Tribunal no aporta en su fundamentación jurídica nada sobre la litispendencia puesto que –por falta de la necesaria contradicción con la sentencia de contraste– no entra a resolver el recurso, pero a partir de sus antecedentes llaman la atención tres cuestiones: la primera ya señalada, siendo difícil, en ocasiones esta cuestión procesal se aprecia de oficio; la segunda, nada se dice sobre los términos en que transcurría la ejecución provisional del primer proceso, el despido, pero habrá que suponer que la empresa optó por la readmisión pues de otro modo no se entiende que la trabajadora sostuviese su acción declarativa tras el

371 STS (Sala Cuarta), de 7 febrero 2008 (Rec. núm. 974/2007).

despido sin cuestionarse este aspecto por la contraparte y por el propio juzgado de lo Social, y tercero y principal, el Juzgado de lo Social y, tras él, la Sala de Suplicación que confirmó su Sentencia, apreciaron litispendencia entre dos acciones distintas, despido y declarativa de fijeza, con causas de pedir y peticiones distintas, con conexión indiscutible pero, también irrefutable ausencia de «completa identidad».

El segundo supuesto³⁷², por el contrario, sí puede ocuparse en insistir sobre el criterio que la Sala sigue y mantiene para la observancia de la litispendencia y, naturalmente, a su vista, chirría y destaca el proceso descrito en la precedente –aunque como ocurre tantas veces, nada pudiese hacer para enmendar la actuación de los tribunales a ella jerárquicamente subordinados-. La primera acción ejercitada por el trabajador también fue la de despido –extremo que por las razones ya expuestas sigue sorprendiendo-; sin ganar firmeza la sentencia dictada, ejercita acción declarativa para que su relación obligatoria se declare laboral e indefinida. Esta vez el Juzgado que atiende la segunda pretensión no entra al fondo de la cuestión litigiosa por estimar la excepción de litispendencia deducida por la empresa. Recurrída en Suplicación, la Sala desestima el recurso y confirma la sentencia dictada en la instancia y, la Sala Cuarta en su Sentencia recuerda e insiste: Se requiere completa identidad entre los objetos de ambos procesos, al igual que para apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material descrito en el art. 222. 1 LEC, en tanto que la litispendencia se configura como instituto cautelar de ella. Entre estas dos acciones resulta evidente que las peticiones son diversas: en la de despido se pide su calificación, en la declarativa, ser considerado trabajador laboral indefinido. Las causas de pedir respectivas, tampoco coinciden: en la de despido se discute la corrección legal de las facultades resolutorias del empleador, en la declarativa, la causa de pedir se vincula a los elementos que determinan la condición laboral de la relación jurídica.

Los pleitos de naturaleza colectiva también dan juego a los contrincantes y aportan, en ocasiones, sorprendentes motivos de engranaje para la apreciación de la litispendencia –como ocurre con el efecto excluyente de la cosa juzgada material-. El ejemplo que se utilizará requiere observar como premisa que acción y petición pueden corresponder a elementos diversos dentro del concepto más general de objeto procesal, por ello su articulación, con mayor o menor sutileza, autoriza a descartar la necesaria «completa identidad» o, como en el caso que señalamos, a observarla. El sindicato demandante se sirvió en este caso de dos modalidades procesales diversas de las reguladas en la entonces vigente LPL, pero con ello no eludió la aplicación de la litispendencia en el segundo proceso, puesto que entre las dos acciones llegaron a coincidir sus peticiones. La primera acción se ejercitó mediante demanda de impugnación de convenio colectivo y sus peticiones eran dos: la declaración de nulidad de dos artículos del convenio y la declaración de lesión del derecho de libertad sindical y no discriminación. Pendiente la resolución de ulterior recurso de casación, el sindicato demandó sobre tutela del derecho de libertad sindical solicitando: que se declare la lesión, que se cese en la conducta y la condena a una cantidad indemnizatoria. Cuando la sentencia de este segundo proceso, que estima la excepción de litispendencia, es revisada en casación, la Sala Cuarta determina que no obsta a la litispendencia que en el primer proceso la lesión de la libertad sindical se canalizase por la modalidad de impugnación de convenio colectivo³⁷³.

372 STS (Sala de lo Social) de 17 abril 2007 (Rec. núm. 722/2006).

373 STS (Sala Cuarta), de 20 mayo 2008 (Rec. núm. 22/2006).

Mucho más próximo es el pronunciamiento del Alto Tribunal³⁷⁴ en el que tras recordar su «consolidada doctrina» sobre las identidades requeridas para apreciar la litispendencia concluye en estos términos: «Así, apreciada la concurrencia de las tres identidades exigidas por la jurisprudencia para apreciar la excepción de litispendencia, es decir, las mismas partes, mismo objeto real del conflicto aunque enmascarado en una pretendida modificación de las condiciones de trabajo y misma causa de pedir. Y, como cuando se presentó la demanda de la que trae causa este recurso, pendía ante esta Sala recurso de casación sobre lo mismo, concurre la situación de litispendencia, cuyo efecto no se desvirtúa por el hecho de que en la actualidad la controversia pudiese haber encontrado una solución definitiva». En fin, no parece que pueda hablarse de un criterio uniforme, más bien se relativiza en la exigencia de las identidades según los casos, aunque sin duda con el claro objetivo de evitar sentencias contradictorias y hacer efectiva -ejecutable- la tutela decidida. Salvo que la clave esté en evidenciar el disfraz o desenmascarar la presentada como nueva y distinta pretensión.

Se ha demostrado, no obstante, una férrea uniformidad frente a la injustificada inercia consistente en oponer la excepción de litispendencia por las empresas en procesos declarativos sobre cesión ilegal de mano de obra habiendo despedido al trabajador, así como «cómo no» la de falta de acción. La Sala Cuarta³⁷⁵ mantiene y reitera la doctrina años atrás unificada: «la única identidad apreciable entre las controversias que se comparan afecta al elemento subjetivo -la identidad de partes-, pues el objeto de la pretensión es distinto - reclamación por cesión ilegal y reclamación por despido- y también lo es la causa de pedir, que en un caso se vincula a un cese que se considera ilícito y en el otro en la cesión ilegal de trabajadores entre empresas. La sentencia funda la litispendencia únicamente en los elementos comunes de identidad de partes y, la existencia o inexistencia de despido y cesión ilegal de trabajadores, pero es claro que esos elementos de conexión, que serían susceptibles de determinar un efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia dictada en el primer pleito sobre la del segundo, no determinan las exigencias necesarias para apreciar la identidad propia de la litispendencia, pues ésta requiere...la completa identidad» (F.J. 2º).

- La *cosa juzgada material*³⁷⁶ se regula en el art. 222 de la LEC: «La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» (apdo. 1º), «alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley» (apdo. 2º), es decir, a la alegación de existencia de crédito compensable y de nulidad absoluta del negocio jurídico en que se funda la pretensión o pretensiones del actor, a los hechos y fundamentos que pudiendo haber sido alegados en un proceso anterior y no lo fueron sino en un proceso posterior (art. 400. 2 LEC) y «afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley» (apdo. 3º). Todo ello configura su función o efecto negativo o excluyente.

374 STS (Sala Cuarta), de 15 diciembre 2015 (Rec. núm. 66/2015).

375 STS de 22 de abril de 2010 (RCUD núm. 1789/09).

376 Que será objeto de un más detallado estudio en el Capítulo III, como efecto principal del proceso culminado con sentencia firme.

Es su apartado 4º el que delimita el llamado efecto positivo, prejudicial o vinculante de la cosa juzgada material en estos términos: «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

De los dos efectos es el primero, como su denominación indica, el que excluye la sentencia de fondo en el segundo proceso en aplicación del *non bis in idem*. Pero a pesar de las calificaciones de la segunda función: positiva, vinculante o prejudicial que en principio no excluye la sentencia de fondo del segundo proceso, sino que forzará que la última refleje en su caso cómo queda vinculada «por lo resuelto» en la primera, en ocasiones esa vinculación conlleva un efecto excluyente, como se verá después. Así que las dudas pueden suscitarse sobre el entendimiento que ha de darse a las expresiones «lo resuelto» y «antecedente lógico», salvo que la jurisprudencia ya haya delimitado su alcance para concretas pretensiones o exista un precepto que disponga de forma explícita y singular su aplicación, como es el caso del art. 160.5 LJS. En relación con los conflictos colectivos determina que «la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo». Así mismo ordena el efecto excluyente de la litispendencia porque los procesos individuales «quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo» para que después sea efectiva la vinculación que se dispone. Disposiciones que operan del mismo modo para los supuestos de los apartados 3 y 13 b) del art. 124 relativo a los despidos colectivos. De forma expresa se remite al art. 160.5 en la modalidad de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, en el art. 138. 4 LJS. Por último, en materia de impugnación de convenios colectivos, una vez firme la sentencia dictada «producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso» (art. 166.2).

El art. 416.1 2ª LEC tipifica la cosa juzgada entre las cuestiones procesales que pueden impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, junto con la litispendencia, y la posiciona en segundo lugar respecto al orden a seguir para su resolución. Su apreciación por el tribunal determinará auto de sobreseimiento (art. 421.1 LEC). El juicio o tratamiento procesal sobre la cosa juzgada puede producirse a instancia de la parte demandada que la plantea como excepción procesal con fundamento en los dos últimos preceptos citados, a los que se suma el 405.3: «habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo». Pero también de oficio, lo que se deduce de las previsiones de los arts. 414.1, II y 421. 1, ambos de la LEC³⁷⁷, de su formulación en el art. 222 LEC, su fundamento en la seguridad jurídica y en su manifestación como potestad jurídico-pública constitucional³⁷⁸. También se ha argumentado³⁷⁹ que lo razonable es admitir su apreciación de oficio pero en momentos posteriores al de la admisión de la demanda

377 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 1276.

378 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., p. 610.

379 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso...*, cit., p. 277.

en el proceso porque la imposición al tribunal de esa carga parece ilusoria, injusta, excesiva e incluso imposible.

En definitiva, la aplicación que ha de darse a la función negativa o excluyente de la cosa juzgada pasa por las previsiones contenidas en los artículos 403, 405, 407 y 421 de la LEC. La inadmisión de la demanda se restringe a los casos y por las causas expresamente previstas en la Ley (art. 403 LEC *Admisión y casos excepcionales e inadmisión de la demanda*), y la cosa juzgada, aunque no comprendida en esos límites, es considerada una cuestión de orden público procesal -además insubsanable- y, por tanto, apreciable de oficio desde la presentación del escrito rector. Sin embargo, incluso aceptando su indudable condición de óbice procesal -atinente al objeto del proceso- que impide la emisión de sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa, debe repararse -ya se ha recordado- en que es realmente difícil que un tribunal -casi siempre compartiendo su jurisdicción con una pluralidad de homólogos a él- observe en ese momento inicial un supuesto de cosa juzgada. La vasta litigiosidad y su deriva en una cada vez más amplia pluralidad de tribunales en el mismo orden jurisdiccional con idéntica competencia objetiva y funcional avalan el hecho de que el juicio tanto sobre la litispendencia como sobre la cosa juzgada, en la mayoría de los casos, sea el resultado de la estimación de la alegación que sobre las mismas deduce la parte demandada en forma de excepción procesal. La práctica forense diaria demuestra que es muy ocasional que el juez sepa de la existencia de cosa juzgada en cualquier momento del proceso, y la demanda con idéntico objeto suele disfrazarse cambiando la causa de pedir o fundamento de la pretensión. Quizás la informatización procedimental del proceso sirva a este fin, pero en ningún caso la parte interesada debe descuidar su control.

Lo mismo puede decirse de la cosa juzgada material cuando de su eficacia positiva o prejudicial se trata. Además de la dificultad que entraña para el tribunal que conoce del proceso recordar e identificar los pronunciamientos contenidos en otro anterior que guarde la necesaria conexión como para vincularle, su apreciación a petición de cualquiera de las partes interesada, requerirá que se articule no como cuestión-excepción procesal sino como alegación orientada a convencer al tribunal de que -dados los requisitos legalmente necesarios para ello- la sentencia firme presentada constituye antecedente lógico y debe satisfacer ese efecto reflejándose en la que ahora se dicte. Todo apunta a que el efecto positivo de la cosa juzgada material no excluye la sentencia de fondo como lo hace su efecto negativo. En principio se trata de vincular la sentencia de fondo del segundo proceso con conclusiones fácticas y/o jurídicas anteriores y firmes. Más aún, incluso habiendo estado exentas de debate o contradicción y, más allá, pudiendo tratarse de las incluidas en el «objeto virtual» *ex* art. 400 LEC del proceso anterior. Pero la expresión «lo resuelto» que utiliza el art. 222.4 LEC puede tener un alcance mucho más extenso del que aparenta. De hecho la vinculación de lo resuelto al incluir todo lo enjuiciado, con su efecto positivo puede producir un efecto excluyente en el ulterior proceso que impida dictar sentencia sobre el fondo.

Sin embargo, la STS de 4 de marzo de 2010 (Rec. 134/2007) presenta dos aspectos que contradicen la exposición que precede. Por una parte, la propia Sala Cuarta repara en la «identidad» del proceso cuya sentencia se le somete a casación con otro anterior que también resolvió en casación, y, por otra parte, con base en su propia doctrina, aprecia de oficio el efecto positivo o vinculante de la cosa juzgada que le lleva a desestimar el recurso. El primer dato da cuenta de la vigilancia de la Sala Cuarta sobre los recursos que por ella pasan. La Sentencia que se dictó anteriormente, ya firme, se correspondió a un proceso de tutela del derecho a la libertad sindical promovido por los mismos demandantes que ahora iniciaran uno de conflicto colectivo. Las peticiones de ambos procesos fueron idénticas a salvo de que en el primero también se

solicitó la declaración de vulneración del derecho fundamental y la condena a una indemnización por daños y perjuicios (F.J. 4º).

A falta de las tres identidades necesarias para apreciar el efecto excluyente, por utilizarse dos cauces diversos con el mismo objetivo, la Sala se decide por la apreciación del efecto positivo o vinculante. Este es el segundo aspecto relevante de la Sentencia. A este fin, y aunque su doctrina rectificadora admite la apreciación de oficio del instituto en casación para unificación de doctrina, si el Ministerio Fiscal la alega en su informe y no pudo ser planteada en suplicación por razones cronológicas, desde la LEC la Sala ha mantenido siempre que el efecto positivo «en todo caso es apreciable de oficio cuando tal consecuencia derive de supuesto previamente resuelto por la propia Sala Cuarta» (F.J. 6º).

En la mayoría de los casos la eficacia positiva de la cosa juzgada puede interesar y, por ende, ser alegada tanto por la parte demandada como por la actora en sus respectivos escritos o momentos procesales o incluso posteriormente si la sentencia fue «dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso» (art. 271.2 LEC). Así que puede articularse como defensa de fondo o excepción material o como hechos constitutivos, respectivamente y la sentencia pretendidamente vinculada expresará si el efecto ha operado o no, argumentando la decisión. En la regulación de la audiencia previa al juicio, y en concreto tratando la resolución de los casos de litispendencia o cosa juzgada, la LEC se refiere expresamente a este efecto para disponer algo obvio: «no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior» (art. 421.1, pfo. segundo). La doctrina³⁸⁰ explica que el efecto positivo no puede operar en el ámbito de las excepciones porque puede ser alegado por ambas partes y siendo la demandada se trataría de una defensa material, y porque no excluye la sentencia de fondo sino que, como se viene repitiendo, determina el contenido de su pronunciamiento.

A pesar de ello, la estimación de ciertas excepciones procesales inciden sobre un estado de cosas que se mantiene en procesos posteriores e incluyen en la decisión un pronunciamiento de fondo que aún no fundamentando la petición -puesto que no resuelve- produce el efecto positivo vinculando en posterior proceso, situación ésta que a la par impediría por idéntica razón entrar a resolver el fondo de la cuestión litigiosa logrando ese efecto a través de su función vinculante. La doctrina³⁸¹ niega la utilidad de esta función para excluir el pronunciamiento de fondo. Sin embargo cabe plantearse si un hecho impeditivo que pudo oponerse en un proceso anterior y que fundamenta una nueva pretensión debe también verse afectado por los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada previstos en este precepto. El TS resolvió hace años un singular asunto en materia de prestaciones de Seguridad Social a cuya vista se concluía que ninguno de los órganos jurisdiccionales sociales por cuyas manos pasó tenía claro cómo jugaba y con qué efecto la cosa juzgada material, y al final la Sala Cuarta «se salió por la tangente»³⁸². Esta es su historia: el INSS

380 MONTERO AROCA, J., *El Proceso Civil...*, cit., p. 1277.

381 *Ut supra*.

382 STS de 20 de diciembre de 2006, RCUUD núm. 151/2005, comentada por ZAPIRAIN BILBAO, A., «Las implicaciones de la cosa juzgada en los litigios sobre Seguridad Social. Reflexiones al hilo de la más reciente jurisprudencia del TS», *Aranzadi Social*, núm. 4/2007, Pamplona, 2007, donde se comenta esta Sentencia.

había reconocido el derecho a una pensión de viudedad y fue demandado respecto a la misma para que se incluyeran las mejoras reglamentarias en la cuantía, dictándose sentencia firme. Un año después ejercitó acción para revisar su acto declarativo del derecho a la pensión porque el reconocimiento obedeció a un error.

Tanto el Juzgado como la Sala de Suplicación acogieron la excepción de cosa juzgada material en su efecto excluyente sin entrar a resolver la pretensión de la Gestora. El primero incluso sugirió que en el primer proceso pudo haber formulado demanda reconvenional, y ambos consideraron que concurrían las tres identidades necesarias aunque las partes ocupasen diversa posición en ambos procesos. La Sala Cuarta la excluyó. Consideró que no se daba perfecta identidad, razonó sobre la dudosa aplicación del art. 400 LEC y sobre la posibilidad del INSS de haber reconvenido u opuesto su defensa impeditiva en el primer proceso, pero terminó por favorecer al INSS con un argumento político, que no jurídico: «el hacer posible la declaración de ineficacia de reconocimientos indebidos de prestaciones, es una forma de preservar y hacer viable la acción protectora de la Seguridad Social, y por tanto responde a un interés público indeclinable, que redundará en beneficio de todos los ciudadanos» (F.J. 10º). El Voto Particular que acompañó a la Sentencia se justificó sobre una interpretación ampliada del art. 400 LEC poco convincente por cuanto forzaba su aplicación a la defensa de la parte demandada. En definitiva, el mal hacer administrativo y procesal de la Gestora fue rescatado por el TS obviando «el juego de las reglas procesales».

En los límites temporales de la cosa juzgada es esencial la cláusula preclusiva contenida en el apartado 2º del art. 400 LEC y el efecto de cosa juzgada o litispendencia que la Ley le otorga. Su aplicación seguramente es siempre fruto de su alegación por la parte demandada, pues a quien se dirige la carga de la alegación en el proceso es a la actora o a la demandada reconviniente. Pero anudada a cuestiones de orden público procesal podría apreciarse de oficio a pesar de la dificultad de su detección por el juzgado. Si el proceso en que se invoca la aplicación del art. 400.2 LEC cuenta con una sola causa de pedir que se ha de tener por deducida en un proceso anterior porque pudo alegarse y no se hizo, la petición del nuevo proceso queda desprovista de causa de pedir y ésta, resuelta virtualmente en el anterior proceso, tendrá que entenderse enjuiciada en el mismo sentido en que lo resultó la petición del primer proceso, es decir desfavorablemente puesto que, en caso contrario no se hubiese articulado de nuevo la acción. Siendo así, la desestimación de la demanda por estimación de una u otra excepción impediría la sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

C. Caducidad y prescripción de la acción

Quizás no está de más relacionar y diferenciar la caducidad de la prescripción extintiva (no interesa aquí la adquisitiva). La última encuentra su génesis en el Derecho Romano y su regulación legal en el Código Civil (*De la prescripción de las acciones* -arts. 1961 a 1975-, ambos incluidos). Sin embargo, la caducidad fue un concepto elaborado por la doctrina y por la jurisprudencia y utilizado por primera vez en el Código Napoleón³⁸³. Las acciones judiciales, según la tutela pretendida a través del proceso social, se supeditan a un plazo de caducidad o de

383 Véase CRUZ PONCE, L., «Análisis histórico de la caducidad en el Derecho» (<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art3.pdf>), así como BEJARANO HERNANDEZ, A., «La caducidad de derechos en el Derecho Laboral», Tesis Doctoral (www.tdx.cat/bitstream/10803/7294/1/TABH1de22.pdf).

prescripción para su ejercicio. El Estatuto de los Trabajadores³⁸⁴ dispone que las derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, prescribirán al año de su terminación, y que el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquél en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido -suspendido, sería lo correcto- por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente. Igual medida se aplicará a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, y el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas (art. 59)³⁸⁵.

La LJS completa esta normativa al regular las distintas modalidades procesales, y además no debe descuidarse que también son de aplicación otros plazos de caducidad y de prescripción aplicables a distintas pretensiones. Puede ilustrarse el último contexto con los razonamientos de la Sala Cuarta³⁸⁶ en relación con un proceso de oficio incoado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para declarar la existencia de relación laboral entre la empleadora y las mujeres codemandadas que realizaban una actividad de «alterne». La empresa demandada defendió sin éxito la aplicación del plazo de prescripción de un año previsto en el art. 59.1 ET para las acciones derivadas del contrato. La Autoridad laboral no es parte en el contrato de trabajo, sino un tercero, y el procedimiento de oficio iniciado por ella no se refiere a ninguna de las cuestiones del art. 59 ET, «sino que tiene el designio de servir de presupuesto necesario para la aplicación de normas sancionadoras o de Seguridad Social, en cuyas esferas será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador, que había quedado interrumpido con la admisión a trámite de la demanda, según lo dispuesto en el art. 150.2 de LPL».

Las muy conocidas diferencias a efectos procesales entre caducidad y prescripción son esenciales en tres aspectos. La caducidad es apreciable tanto de oficio como a instancia de parte, la prescripción sólo a instancia de parte. El cómputo de los plazos de caducidad se suspende sólo a través de los medios establecidos legalmente y se reanuda también el día que previene la norma con los días no consumidos hasta la suspensión. Los plazos de prescripción se interrumpen por los medios establecidos legalmente y por otros a los que los tribunales otorguen esa capacidad -es cuestión de prueba- ganándose de nuevo el plazo íntegro. En este sentido la doctrina del TS es clara y contundente. Su Sala Primera ha resumido³⁸⁷ la que viene manteniendo, y se concreta en los siguientes argumentos: la institución de la prescripción extintiva se funda en los principios de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales debe ser cautelosa y restrictiva ante cualquier duda que pudiera suscitarse, la construcción finalista de la prescripción se basa en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades así como en consideración de necesidad y utilidad social, si aquéllas no están debidamente acreditadas y sí lo está el afán o deseo de su conservación no es posible estimarla; por último, el Código Civil no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para

384 Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE núm. 255).

385 Véase RÍOS SALMERÓN, B., «Comentario al artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. Prescripción y caducidad» en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2007, BIB 2007/3229.

386 STS de 21 de diciembre de 2016 (RCUD núm. 1778/2015), F.J. 3º.

387 STS de 20 de octubre de 2016 (Rec. núm. 1880/2014).

interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin. Esta doctrina ha sido recientemente trasladada y aplicada por la Sala Cuarta³⁸⁸ para dotar de fuerza interruptora a la denuncia que el trabajador presentó ante la Inspección de Trabajo por impago de horas extras. Prácticamente todos los plazos de caducidad de la LJS son de veinte días, breves por tanto como también es propio de la caducidad, así que uniendo esta circunstancia a las características recordadas, merecen máxima atención.

El comienzo del cómputo, o *dies a quo*, puede entrañar controversia aunque no es lo más frecuente. Así sucedía por ejemplo en el art. 124 de la LJS tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, para impugnar despidos colectivos, aclarado después por la Ley 3/2012, de 6 de julio, o como sucede en el art. 47.1 ET para impugnar, entre otras, la decisión de la empresa sobre suspensión temporal de contratos³⁸⁹. Fue también cuna de conflictos la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos. El TS hace más de una década³⁹⁰ sentó doctrina sobre la exigencia de que los convenios colectivos fijasen el orden y la forma de los llamamientos para garantizar que aquél se realizase mediante un sistema previamente divulgado a los interesados, para conocer su derecho y protegerse frente a despidos encubiertos, y aunque el art. 16.2 del ET dispone que el cómputo del plazo para reclamar por despido se inicia desde que el trabajador tenga conocimiento de la falta de convocatoria, la ausencia de esa concreta regulación convencional y/o las dificultades de prueba respecto al momento en que se tiene constancia de la omisión de la convocatoria, pueden y suscitan diferencias en torno al comienzo del plazo y, en consecuencia, sobre la posible caducidad de la acción. Las garantías a este respecto se han fortalecido por la Sala Cuarta al punto de establecer con su doctrina que los trabajadores fijos discontinuos deben ser llamados y dados de alta en el régimen de la Seguridad Social aún cuando se encuentren en ese momento en situación de IT³⁹¹.

Un caso singular es el resuelto por otra cercana Sentencia del TS³⁹². La empresa demandante conseguirá una sentencia de fondo sólo tras llegar al Alto Tribunal, puesto que en la instancia y en la Sala de suplicación se desestima su demanda por considerarse prescrita la acción sin entrar, en consecuencia, a conocer del fondo del asunto. Aunque se discuten dos cuestiones, una de ellas el momento inicial del cómputo de la prescripción para reclamar a los trabajadores el reintegro de la cantidad, es el otro extremo debatido el núcleo del proceso y el que distingue la controversia. Se trata de dilucidar si el concepto objeto de la reclamación son salarios de tramitación o prestación por desempleo indebidamente percibida, ya que habrían concurrido ambas percepciones en el tiempo. Siendo salarios, el plazo de prescripción aplicable es el de un año del art. 59 del ET -como enjuiciaron el Juzgado de lo Social y la Sala de Suplicación-. Tratándose de la prestación el plazo es el previsto en el art. 45 de la LGSS (hoy, art. 55. 3 del vigente Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) de cuatro años, que es el considerado en definitiva para casar y anular la Sentencia y, devolviendo los autos, forzar al TSJ para que sentencie sobre el fondo de la reclamación.

Pero es el último día del plazo, o *dies ad quem*, el que comporta recordar las previsiones de la LEC a este respecto. Sus artículos 132 a 136 regulan *Los plazos y los términos*. Dispone el

388 STS de 1 de diciembre de 2016 (RCUD núm. 2110/2015), F.J. 2º.

389 STS de 16 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 139/2014).

390 STS de 7 de marzo de 2003 (Rec. núm. 36/2002).

391 STS de 14 de julio de 2016 (RCUD núm. 3254/2015), dictada en conflicto colectivo.

392 STS de 29 de marzo de 2016 (RCUD núm. 2682/2014).

apartado 5 del art. 135 que: «La presentación de escritos y documentos, cualquiera que fuera la forma, si estuviere sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo»³⁹³ -lo que en la práctica forense y por los operadores jurídicos se denomina presentación «a término»- previsión ésta aplicable también a la conciliación previa al proceso, según doctrina del TS³⁹⁴, y de innecesaria alegación actualmente tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁹⁵ que en su art. 30.2 excluye también los sábados como días hábiles, equiparándose así el cómputo de plazos administrativos por días al procesal o judicial³⁹⁶.

En consecuencia, la correcta cuenta y uso de los plazos para promover las pretensiones judicialmente es esencial, en particular como se ha indicado, tratándose de los de caducidad, tanto por su brevedad como por su posible apreciación de oficio. Sobre el último aspecto, sin embargo, el TS ha establecido límites cuándo es considerado por la Sala al resolver un recurso devolutivo. A través de las excepciones que defiende aplicables al principio dispositivo o de justicia rogada, las examina como materias de orden público procesal que obligan al Juez o Tribunal a su control de oficio, a pesar de no haber sido alegadas antes por la parte sino en fase de recurso (lo que excluye su condición de «cuestión nueva»). Una de estas materias es la caducidad de la acción, para cuya apreciación en este grado por vez primera a instancia de parte o de oficio, exige que en la sentencia dictada en la instancia hayan quedado plenamente acreditados los hechos en que se sostiene la caducidad. A falta de esa clara constancia fáctica, el Tribunal está obligado a desestimar la alegación³⁹⁷.

Quizás es también adecuado antes de terminar, distinguir dos situaciones ajenas a la caducidad de la acción, precisamente porque en su denominación comparten idéntico sustantivo. Se trata de la «caducidad de la instancia» y de la «caducidad de la vía administrativa». El general impulso procesal de oficio ordenado en el art. 237 de la LOPJ³⁹⁸ permite calificar a la primera de estas dos situaciones como «rara», pero su vigente regulación la hace posible. Esta forma anormal de terminación del proceso ya ha sido atendida en el epígrafe correspondiente del Capítulo I pero puede recordarse brevemente ahora. El art. 237 de la LEC, bajo la rúbrica *Caducidad de la instancia* dispone que «Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación.», si bien a continuación -arts. 238 y 239- excluye su aplicación cuando la paralización se deba a fuerza mayor o a cualquier causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados, así como de las actuaciones para la ejecución forzosa, respectivamente. Sus efectos (art. 240) dependen del momento del abandono. En los recursos devolutivos se tiene a las parte por desistida del mismo y por firme la resolución recurrida, devolviendo las actuaciones al

393 Prórroga dispuesta en el apartado 2 del precepto hasta la nueva redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil. En la LJS, el art. 45.1.

394 STS de 26 de mayo de 2015 (RCUD núm.1784/2014).

395 BOE núm. 236, de 2 de octubre.

396 Art. 130.2 de la LEC.

397 STS de 25 de mayo de 2015 (RCUD núm. 2150/2014), FD 2º, en proceso por despido, que reitera doctrina.

398 Del que es reflejo lo dispuesto en el art. 43.2 LJS: «Las actuaciones se realizarán en el término o dentro del plazo fijado para su práctica. Transcurridos éstos, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda».

tribunal de procedencia. Si se produce en la instancia, se tiene por desistido de la demanda y puede interponerse una nueva, sin perjuicio de la caducidad de la acción.

La «caducidad de la vía administrativa» sin embargo, se conecta con el descuido en el cómputo de los plazos o también, en ocasiones, con la indecisión del administrado-justiciable sobre la continuación del *iter* administrativo y/o del inicio del proceso. Implicaba para el administrado la necesidad de incoar de nuevo el procedimiento administrativo concreto quizás, como sucede en la mayoría de los expedientes sobre acción protectora de la Seguridad Social, con una nueva solicitud para el reconocimiento del derecho a la prestación. El plazo de prescripción general de cinco años para el reconocimiento del derecho rara vez surte sus extintivos efectos para el potencial beneficiario a la vista de la situación material de la mayoría de los ciudadanos. Sin embargo, la vinculación de la fecha de efectos económicos al hecho de solicitar o no la prestación en plazo reglamentario deriva en el segundo caso en una merma o incluso pérdida del contenido económico de la prestación. A este respecto del art.71.2 y 6 LJS se desprende que el plazo de interposición de la reclamación administrativa previa frente a actos administrativos de la Seguridad Social sobre reconocimiento del derecho a las prestaciones es de 30 días, y que el mismo plazo se dispone para interponer la correspondiente demanda judicial. De manera que la no interposición en término de aquella o de la demanda determina el final del procedimiento y/o del proceso adquiriendo la resolución impugnada extemporáneamente una suerte de «firmeza» administrativa cuando el derecho ha sido recocado, aunque no exista conformidad con alguno o algunos de sus extremos. Sin embargo, el apartado 4 del mismo precepto permite reiterar la reclamación administrativa previa «de haber caducado la anterior», sin perjuicio de que pueda haber prescrito el derecho a la prestación y de los efectos económicos que correspondan con el nuevo trámite. Aún pareciendo obvio que tal previsión opera sólo en beneficio del potencial beneficiario de la Seguridad Social, en los últimos años se ha multiplicado la pretensión de beneficiarse de la aplicación de esta disposición por distintas Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Son muchas las Sentencias de la Sala Cuarta que reiteran una y otra vez su doctrina unificada en Pleno³⁹⁹. Una de las últimas es la de 9 de marzo de 2017 (RCUD núm. 3113/2015) y no está de más reparar en que cuando la Sala de suplicación dicta su Sentencia ya era pública la doctrina social unificada en este tema.

3.2.2. Pseudo-excepciones o excepciones retroactivas (subsanales)

A. Falta de capacidad o debida postulación de los litigantes

Las cuestiones procesales suscitadas a través de esta excepción afectan a tres de los requisitos subjetivos o de aptitud de las partes, puesto que la falta de legitimación *ad causam*, como se ha recordado, resulta insubsanable y al privar de acción fenece la pretensión y con ello el derecho a la sentencia de fondo. Son los siguientes:

- a. *Capacidad para ser parte o material*: se refiere a la aptitud para ser titular de la relación jurídica procesal y aunque es igual a la personalidad (arts. 29 y 35 CC) su atribución la supera. La persona física la tiene desde el nacimiento hasta la muerte, pero también se atribuye al *nas citurus* (art. 6.1.2º LEC), además la muerte no tiene porqué extinguir siempre el proceso (sucesión por los herederos, art. 16 LEC).

399 SSTS, de 15 de junio de 2015 (RRCUD núms. 2648/2014 y 2766/2014).

A la persona jurídica se la asignan diversas normas de Derecho material por remisión del art. 6.1.3º LEC extinguiéndose por disolución y liquidación (aunque subsiste hasta concluir las operaciones liquidatorias) y fusión con otra aunque, en este caso, puede producirse una sucesión procesal (art. 17 LEC). También se otorga capacidad para ser parte a otras entidades que no son personas jurídicas: sociedad mercantil irregular, uniones sin personalidad, patrimonios autónomos (herencia yacente y masa del concurso). En concreto la LEC la asigna a «Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración» (art. 6.1.4º LEC), a «las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte» (art. 6.1.5º LEC), así como a las Comunidades de Propietarios, grupos de consumidores o usuarios (art. 6.1.7º LEC), «entidades, que no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado» (art. 6.2 LEC) sólo como demandadas, y al Ministerio Fiscal (art. 6.1.6º LEC). Con la LJS se amplía a los Sindicatos y a las Asociaciones empresariales (art. 17.2).

Se trata de un presupuesto procesal cuyo defecto puede ser apreciado de oficio, en cualquier momento del proceso (art. 9 LEC) pudiendo servir de fundamento para inadmitir la demanda aunque no se tipifica como causa expresa de inadmisión de la misma, por lo que debiera someterse a contradicción en el juicio oral. En el proceso laboral su apreciación de oficio determinaría, en su caso, la posibilidad de subsanación en el plazo general de cuatro días (art. 81.1 LJS). Su alegación por la parte como excepción (art. 416.1.1ª LEC) es en ocasiones subsanable o corregible en el acto o en plazo, con suspensión del juicio oral (art. 418 LEC). Esta previsión no existe en la LJS. No obstante, por lo general la falta de capacidad para ser parte resulta insubsanable, al contrario que la capacidad procesal que sí lo es a través del trámite del art. 81 LJS⁴⁰⁰

- b. *Capacidad procesal o de actuación procesal*: La LEC la denomina también capacidad de comparecer en juicio, actuar en él (art. 7), capacidad procesal (arts. 8 y 9) o capacidad de obrar procesal. Se refiere a la aptitud de las partes para realizar válida y eficazmente los actos procesales y para que frente a ellas, también resulte así. En su atribución se distinguen *personas físicas* con capacidad plena (art. 7.1 LEC), y sin ella. En este caso se posibilita su integración respecto del menor de edad no emancipado (mediante representación legal, también para el *nasciturus* a través de los padres que ostenten la patria potestad o del tutor para los sometidos a tutela, art. 7.2 y 3 LEC), del emancipado (aunque su capacidad es plena, se mantiene la exigencia de consentimiento por los padres o curador, arts. 323 y 324 CC), del incapacitado por defecto físico o psíquico que le impida gobernarse por sí mismo (habrá que estar a las medidas cautelares, primero, y después a la sentencia), del declarado pródigo (con el mismo régimen que los sometidos a curatela), del ausente (a través de un defensor nombrado provisionalmente mientras se tramita la declaración, y del representante legal nombrado después (arts. 181 y 184 CC). Dispone el art. 8 de la LEC que para quienes no estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no cuenten con persona que legalmente les represente o asista para comparecer en juicio se les nombrará un defensor judicial por decreto hasta que se les designe aquella persona, y hasta que se fije aquél el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa real. De hecho, la última prevención de la norma es que el proceso se suspenderá mientras no conste su intervención.

400 MERCADER UGUINA, J.R., «Las partes en el proceso laboral» en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora...*, cit., p. 188.

La LJS, en sintonía con el derecho sustantivo social, singulariza sus previsiones sobre la capacidad procesal. El art. 16 se refiere, entre otros, necesariamente a los trabajadores por cuenta ajena de entre 16 y 18 años que sin estar emancipados ni vivir independientemente con el debido consentimiento, son sujetos del contrato de trabajo y, por tanto, ostentan derechos individuales laborales, colectivos, de protección social, en materia de prevención de riesgos laborales y para impugnar los actos administrativos que les afecten. Si su representante legal ha autorizado el contrato de trabajo, adquieren capacidad procesal. En caso contrario, no. Así mismo, reconoce capacidad procesal a los TRADE mayores de 16 años. Debe añadirse que «en todo caso, el menor de 16 años puede solicitar “ser oído directamente” (art. 9.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)»⁴⁰¹.

Respecto a las *personas jurídicas*, el apartado 5º del art.16 LJS dispone algo obvio: por ellas comparecen quienes legalmente las representen. Así que, constituidas legalmente la cuestión queda remitida a la norma reguladora de cada persona jurídica que dirá qué órgano forma y exterioriza su voluntad y qué concreta persona física puede actuar en juicio⁴⁰². En el mismo apartado y a continuación la norma se refiere a las *entidades sin personalidad*, a las *masas patrimoniales*, a las *entidades formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado* –sin ser personas jurídicas–, a las *comunidades de bienes* (incluyendo aquí las UTE) y a los *grupos*.

Además desde el ET y otras normas sustantivas y preceptos concretos de la LJS pueden sumarse otros supuestos específicos: *Agrupaciones de trabajadores* (art. 10.2 ET) en las que el jefe del grupo ostenta la representación de los que lo integren, *Comités de Empresa y Delegados de personal* (arts. 65.1 y 62.2 ET) a los que se reconoce capacidad para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros en relación con los comités, *Secciones sindicales* (arts. 154 c) y 163.2 LJS) para promover conflictos colectivos cuando sean de empresa o de ámbito inferior y para impugnar convenios colectivos, *comité de huelga* al que corresponde participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto (art. 5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo), *comisión paritaria de un convenio colectivo* (STS de 20 de junio de 1996, Rec. núm. 2821/1994), en la que se consideró su legitimación pasiva y que careciendo de personalidad jurídica debía ser tratada como grupo en relación con su capacidad procesal y representación (art. 16. 5 LJS).

c. Postulación procesal: Como el art. 18 LJS al que podemos sumar su art. 20, facilita el acceso al proceso laboral y especialmente la comparecencia en el juicio oral otorgando a las partes procesales distintas posibilidades a su elección –en casi todos los casos– atendemos aquí a los requisitos exigidos para optar por algunas de ellas en la instancia, con una breve mención a los recursos devolutivos. Su análisis se centra en el carácter subsanable de una indebida postulación y en que en la instancia, en ningún caso, perder la oportunidad de comparecer asistido técnicamente impide al juez o al tribunal dictar sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa, excepción hecha del único proceso

401 ALEGRE NUENO, M., «Las partes en el proceso laboral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El Proceso Laboral*, Tomo I, cit., pp. 213-214.

402 MONTERO AROCA, J. y OTROS, *Proceso Laboral Práctico*, cit., p. 117. En los mismos términos, MORENO VIDA, M^a. N., en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social...*, cit., p. 152.

cuya competencia funcional en única instancia es de la Sala Cuarta del TS por cuanto ante el Alto Tribunal es preceptiva la comparecencia a través de Abogado (arts. 9 a) y 21.1 LJS). Quizás es interesante partir de la doctrina constitucional⁴⁰³ sobre la falta de representación procesal o defecto de postulación. En ella se subraya, en primer término, que la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable, si el defecto se reduce a esa mera formalidad y siempre que tal subsanación sea posible. Sin embargo, no habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE si el propio interesado, ignorando o despreciando las posibilidades de subsanación a su alcance, no hace lo necesario para defender sus derechos e intereses, cooperando con ello al menoscabo de su posición procesal. Por último, distingue la falta de acreditación o insuficiencia de la representación procesal -que sería subsanable- de la absoluta carencia de la misma, que no otorga un derecho a la subsanación del defecto procesal advertido, al comprobarse la inexistencia del apoderamiento mediante el que se confiere.

La opción por la comparecencia desde la demanda sin asistencia técnica, muy ocasional, puede modificarse a partir del mandato dirigido a la demandada en el art. 21.2 LJS. Si ésta pretende comparecer en el juicio defendida por abogado o representada técnicamente lo comunicará por escrito al juzgado o tribunal en los días siguientes al de su citación para que trasladada esta intención al actor pueda decidir en el mismo sentido o solicitar la designación de abogado de oficio -que suspende los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción-. Cuando el demandante opte por la asistencia técnica lo hará constar en la demanda, así que en tal caso que el demandado no comunique igual intención en el plazo y forma señalados no tiene porqué privarle de ese derecho. Es claro que estas previsiones tienen el objetivo de evitar indefensión a las partes y garantizar el respeto al principio de igualdad de armas. Con la misma finalidad se dispone en el apartado 3º del mismo precepto que si en cualquier otra actuación diversa al juicio cualquiera de las partes pretendiese asistencia letrada -o representación de graduado o procurador, aunque no se diga-, el letrado J adoptará las medidas oportunas.

Otras previsiones específicas son las referidas a las demandas suscritas por más de 10 actores (art. 19 LJS), y la representación por los sindicatos de sus afiliados en conflictos individuales (art. 20 LJS), puesto que la representación y defensa en el proceso social de los entes públicos y de las diversas administraciones públicas (art. 22 LJS), no ocasiona inconveniente alguno. En el primer supuesto, es preceptivo designar un representante común a todos ellos con quien se entenderán las sucesivas diligencias del litigio. Puede ser un abogado, un procurador, un graduado social, uno de los demandantes o un sindicato. En este caso la forma de otorgar la representación se amplía con un mecanismo más. Además de ser posible a través de poder *apud acta* y de poder notarial, también puede conferirse por comparecencia ante el servicio administrativo competente para la conciliación, mediación o arbitraje, o ante el órgano que asuma estas funciones (arts. 83 ET y 13 y 18.1 LETA). Puede deducirse que esta última opción sólo será utilizada, en su caso, cuando la pretensión se supedite a alguna de estas vías de evitación del proceso o cuando no siendo preceptivas las partes voluntariamente y de común acuerdo se sometan a alguna de ellas. Porque teniendo acceso directo a la demanda judicial y queriendo eludir el gasto de la escritura notarial, el poder *apud acta* parece lo más oportuno. Respecto a la designación de un sindicato para la defensa de la pretensión plural, se ha reflexionado en torno a la posible necesidad de que al menos uno de los actores se encuentre afiliado al mismo, pero ante el silencio de la norma se

403 STC 135/2008, F. J. 2º (y las en él citadas).

considera razonable que pueda elegirse cualquier sindicato⁴⁰⁴. El mismo deber en la designación de representante y con las mismas opciones, opera cuando la demanda se dirija contra más de diez demandados o cuando el proceso implique a más de diez demandantes como consecuencia de haberse acordado la acumulación de procesos (art. 19.3 LJS) si bien, cualquiera de los demandantes o demandados, en el último caso, podrá expresar justificadamente su voluntad de comparecer por sí mismo o de designar un representante propio y distinto al nombrado de forma conjunta (art. 19.4. LJS).

En cuanto a la representación por los sindicatos de sus afiliados (trabajadores, personal estatutario, funcionarios y otros empleados públicos) en defensa de sus derechos individuales, el art. 20 LJS mantiene las mismas cautelas que sus predecesores. Se trata de una representación voluntaria y presunta a favor del sindicato, que se personifica a través de un profesional, abogado o graduado social, habitualmente, de su plantilla. No es un caso de legitimación extraordinaria, ni de sustitución procesal. Tampoco tiene nada que ver con la posibilidad de personarse como coadyuvante en la modalidad de tutela de derechos fundamentales *ex* art. 177.2 LJS⁴⁰⁵. Puede decirse que se trata de una opción del afiliado que confía en su sindicato y en sus profesionales y que con ella puede acceder a una asistencia técnica gratuita o, al menos, más económica que si contratase los servicios de un profesional ajeno a aquél. Se califica como representación presunta porque «la autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del afiliado», dice el precepto. No obstante la norma compele al sindicato a que en la demanda acredite la condición de afiliado del actor así como la comunicación al último de su voluntad de iniciar el proceso. Estas cautelas -además de la posibilidad de que el actor exprese en la oficina judicial en cualquier momento del proceso hasta el juicio oral, en opinión de unos⁴⁰⁶, o hasta el momento previo a la sentencia, en opinión de otros⁴⁰⁷, que no había recibido tal comunicación o que negó la autorización de actuación en su nombre- tienen un objetivo claro, y seguro que también previenen situaciones no deseadas que en otro momento se han producido. Sin embargo, hace décadas que los profesionales, abogados y graduados sociales de los sindicatos, están «ahogados» de trabajo, ansían que se aumente la plantilla y, hasta donde conozco, se aseguran de que el afiliado firme un consentimiento expreso para iniciar actuaciones en su nombre. Así que no parece muy probable que estos profesionales tomen la iniciativa para aumentar, unilateralmente, su volumen litigioso y, menos aún, en contra de la voluntad del interesado.

B. Defectos en la demanda o en la reconvencción

a) Defectos en la demanda. Los requisitos o el contenido general de la demanda laboral (art. 80 LJS) aplicables al proceso ordinario y a las modalidades procesales, y en las últimas, en ocasiones singularizados con exigencias concretas, puede parecer una materia, en principio, con escasos contratiempos. La designación del órgano ante quien se presenta, la modalidad procesal que se entienda corresponder a la pretensión, la indicación de las partes procesales con los datos pertinentes legalmente requeridos, la fecha y la firma de la misma son cuestiones

404 SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a L., «De la representación y defensa procesales», en AA.VV., *Ley de la Jurisdicción Social...*, cit., p. 169.

405 *Ut supra*, p. 173.

406 *Ut supra*, p. 174.

407 MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 20. Representación por los Sindicatos», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO A.V.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 207.

formales que no tendrían por qué plantear interrogantes a la parte actora que articula el escrito rector. Su comparecencia sin letrado, graduado social o procurador, quizás le suscite dudas sobre si su pretensión implica al proceso ordinario o a una u otra modalidad procesal, aspecto éste que seguramente es muchas veces -de las pocas en que se comparece de este modo- salvado utilizando los formularios que facilita la propia oficina judicial y, desde luego, con la aplicación del art. 102.2 LJS sobre inadecuación de procedimiento.

Quizás tampoco se presente claro frente a quien o quienes debe dirigirse la demanda. Sin embargo, seguramente es la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión y su correspondencia con los aducidos en el trámite pre-procesal de evitación del proceso, en su caso, el aspecto más delicado⁴⁰⁸. No obstante, la actividad judicial diaria pone de manifiesto que son muchas y muy variadas las incidencias que se producen con la demanda y que -a pesar de las previsiones del art. 81. 1 para su subsanación y de la oportunidad que brinda al juez y a las partes el art. 85.1, ambos de la LJS, para resolver posibles incidencias con carácter previo a la celebración del juicio oral- los tribunales *ad quem* deben reparar al resolver el recurso devolutivo. Es sorprendente que una petición de condena por daños y perjuicios, expresamente contenida en los hechos de la demanda, no sea ni considerada en la sentencia al no haberla reiterado en el suplico del escrito⁴⁰⁹, por poner un ejemplo.

El art. 81.1 LJS⁴¹⁰ impone al letrado J la obligación de advertir a la demandante de los defectos u omisiones que observe en la redacción de la demanda⁴¹¹, posibilitando su subsanación en el plazo de cuatro días. Nos encontramos con la génesis del proceso, con el ejercicio de la acción judicial o lo que es igual, con el punto de partida del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, con el principio *pro actione* en su máxima expresión que, reiteramos, se inspira, en situaciones como la presente, en los mandatos de la LOPJ sobre la regla de subsanación de los actos procesales de las partes (art. 243. 3 y 4)⁴¹². En el mismo sentido se expresa la LEC en su art. 231 que incluye como destinatarios del mandato al Tribunal y al letrado J. Y es que los cánones de control constitucional se intensifican cuando se trata del acceso a la jurisdicción a través de la aplicación de este principio⁴¹³ porque, como se ha expresado genialmente, el segundo interés del derecho cívico a la «acción» que excita la actividad jurisdiccional del Estado es «el existente entre el ciudadano «actor», decidido quizás a resolver el conflicto por medio de la

408 Para un estudio sobre los distintos contenidos de la demanda y sus posibles defectos, véase MONTOYA MEDINA, D., «El proceso ordinario: la demanda», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El Proceso Laboral...*, Tomo I, cit., pp. 459-472.

409 STSJ Castilla-La Mancha, de 5 de abril de 2016 (Rec. núm. 568/2015).

410 Para un recorrido, en detalle, y valoración de la doctrina constitucional elaborada en torno a este precepto (aunque bajo la vigencia de su predecesor, el art. 81.1 LPL), véase VALDÉS DAL-RÉ, F y GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Artículo 81. Admisión de la demanda», en AA.VV., *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L), pp. 440-444.

411 Repárese en que se ha suprimido el término «imprecisiones» que completaba el contenido objeto de subsanación en su predecesor, art 81.1 LPL, y que ha sido objeto de sucesivas inclusiones y supresiones en las distintas normas procesales laborales.

412 «3. El juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley.

4. Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales».

413 STC 127/2006 (F.J. 2º, y las SS en él citadas).

autodefensa, expeditivamente, y la comunidad, decidida a que el primer conflicto se resuelva pacíficamente. Y al comenzar el proceso (pues la comunidad se halla amparada por la prohibición de la autodefensa del actor) resulta que dicho actor se ha visto forzado a acudir al mismo, en vista de que tal autodefensa le está vedada; de aquí que en «compensación» se le haya concedido el «derecho de acceso a la justicia». Así ha nacido el derecho de acción»⁴¹⁴. Así que, cómo no se va a «cuidar» el acto del ciudadano que activa el proceso.

Pero, como ocurre con todas las cuestiones o excepciones retroactivas, su requerimiento de subsanación pasa por ser atendido en tiempo y forma por la parte demandante. El cómputo del plazo otorgado tampoco tiene por qué presentar discusión, pero las indicaciones para la subsanación pueden no ser claras, resultar imprecisas y, en consecuencia, el contenido de la subsanación advertida y atendida puede considerarse errado, insuficiente o inefectivo a criterio del letrado J. En ese caso la decisión de admisión o no de la demanda es competencia del magistrado o tribunal (art. 81.2) y el auto que resuelve este extremo -una vez recurrido en reposición o, en su caso, en revisión-, si mantiene la inadmisión de la demanda, bajo ciertas condiciones será recurrible en suplicación (art. 191.4 c) 2º LJS) o en casación (art. 206.3 b) LJS).

El análisis de la literalidad del art. 81.1, por lo que a la advertencia al actor se refiere en relación con su demanda, abre un amplio campo -por su conexión con diversos inconvenientes comprobables o no a través del escrito rector- donde probablemente encuentra mayor dificultad el letrado J que el juez para su examen. Una falta de litis consorcio pasivo necesario -legal-, una indebida acumulación de acciones obviando la normativa (art. 27.1 LJS), la indefensión que implica una demanda poca clara en los hechos o en el suplico o una inadecuación de procedimiento, por no hablar de, en su caso, la omisión de vías de evitación del proceso preceptivas, pueden presentarse con claridad para el letrado J. Pero otras cuestiones como la litispendencia, la cosa juzgada, la caducidad o la prescripción, son de difícil detección para él. La doctrina⁴¹⁵ ha destacado que «la gran mayoría de los supuestos de los que ha conocido el Tribunal Supremo son consecuencia de errores cometidos a la hora de formular la pretensión en el escrito de demanda, y de tales errores (buscados o no), unos han sido correctamente atendidos por los tribunales inferiores (al admitir o rechazar la pretensión o resistencia correspondiente, o estimar de oficio los efectos de la cosa juzgada), y otros, en cambio, no han considerado la excepción o lo han hecho indebidamente».

Las obligadas advertencias del art. 81 LJS se dirigen por una parte a los *defectos* u *omisiones* relacionados con los *presupuestos procesales necesarios* para la válida prosecución y término del proceso con sentencia que resuelva el fondo de la cuestión litigiosa y no meramente procesal. Respecto a la segunda indicación, se ha destacado⁴¹⁶ que antes de la LJS y en ausencia de la mención expresa a los «presupuestos procesales», la doctrina académica calificó como graves ciertas decisiones jurisdiccionales, especialmente del TC, por circunscribir la subsanación a defectos de tipo formal, dejando fuera de su ámbito los presupuestos procesales subsanables. Por otra parte, a aquélla se suma la *ausencia de documentos de preceptiva aportación* con la demanda, diversificando, tan sólo a efectos del plazo de subsanación, los correspondientes a

414 FAIRÉN GUILLÉN, V., «De nuevo sobre los conceptos de acción y de pretensión», *Revista de Derecho procesal*, Nº 1, Revista Iberoamericana de Derecho procesal, 1988, p. 17.

415 ALEMAÑ CAÑO, J., «Cosa juzgada y fundamentación de la demanda laboral», *Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº 160, Octubre-Diciembre 2013, Civitas, Madrid, 2013, pp. 118-119.

416 MONTERO AROCA y OTROS, *Proceso Laboral...*, cit., pp. 349-350.

la acreditación del intento de conciliación o mediación previa -quince días-, de cualquier otro -cuatro días-⁴¹⁷. Pues bien, su análisis se realiza siguiendo un minucioso y utilísimo estudio doctrinal⁴¹⁸ que atiende a cinco posibles fundamentos u objetivos de la subsanación, a saber: impedir la tramitación, impedir, en su caso, una sentencia condenatoria, constituir debidamente la relación jurídico-procesal, eludir una sentencia meramente procesal y evitar la indefensión de la demandada. No sin reiterar antes que la advertencia de subsanación, dirigida en primer término al letrado J y, posteriormente al magistrado o Sala -si el primero no ha reparado en defectos u omisiones- es una obligación⁴¹⁹. Y aunque parece dirigirse a posibilitar la tramitación de la acción ejercitada culminando con sentencia de fondo también favorece a la parte demandada. Con todo, como se concluye al respecto en la obra de referencia⁴²⁰, la subsanación persigue una corrección de mínimos, garantiza que la demanda acceda a un nivel aceptable de viabilidad procesal, y no mejorarla.

-Las omisiones subsanables de la demanda que realmente pueden impedir su tramitación obligan a atender al trámite que sigue a su admisión: el señalamiento de los actos de conciliación y juicio con la citación en forma a las partes, interesados y, en su caso, al Ministerio Fiscal. La designación del último para su intervención obligatoria en el proceso de que se trate, aunque se haya omitido en la demanda, no precisa de subsanación por la actora, debiendo encargarse la oficina judicial de su citación. Respecto a las partes, cuesta vislumbrar un escrito rector en el que se omita la identificación del demandante/s, aunque imposible no es, pero sí puede omitirse con cierta facilidad cualquier otro dato de obligada expresión en aquél -art. 80 b) y e)-, o del letrado, graduado social o procurador designado, o que encabeza la demanda diciendo representar al actor. Obsérvese que cuando el demandante litiga por sí mismo, el precepto le impone señalar, además de un domicilio, un número de fax, de teléfono y de dirección electrónica, si dispone de ellos, para practicar toda clase de comunicaciones por dichos medios. Omitir cualquier mención a esta información puede interpretarse razonablemente como ausencia de la misma. Sin embargo, existe cierta tendencia al emplazamiento para subsanar en estos casos y en otros más singulares, donde esos contenidos legalmente exigidos en la demanda se condicionan con el «si...».

Es muy frecuente en las demandas de despido que el letrado J advierta de subsanación si en los hechos nada se dice sobre la cualidad de representante legal o sindical o sobre la afiliación a un sindicato. Parece obvio que de la falta de mención habría de deducirse una negativa pero, como señalamos, el trámite de subsanación suele hacerse presente. Es protección, es mirar por los intereses de la parte actora-trabajadora, pero también es dilatar, afectar a la celeridad por breve que sea el plazo. En otro orden de cosas, y aunque con la gestión administrativa informatizada acaben por desaparecer estas situaciones, puede mencionarse el uso del trámite de subsanación por el letrado J para aportar el original de la copia sellada de la reclamación administrativa o del recurso administrativo correspondiente porque la tinta del sello de entrada fue negra. En fin, el trámite de subsanación se extrema en ocasiones de forma absurda, y se descuida en otros al punto de tener que llegar al TS para que el Juzgado de lo Social acabe por cumplir su cometido.

417 En alguna ocasión relativizado por el TC (S 154/1992) en atención a la demora de un solo día y del objeto de la subsanación, véase LUJÁN ALCARAZ, J., «Artículo 81. Admisión de la demanda», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social* (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 502.

418 MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 563-568.

419 SSTC 118/1987, 11/1988 y 232/1988.

420 MOLERO MANGLANO, C., *La demanda...*, cit., p. 267.

Tampoco es habitual obviar la designación del demandado/s y/o de sus domicilios, pero ocurre y lo ha hecho también con trascendencia constitucional. Puede tratarse de una omisión involuntaria, sin dificultad para su subsanación. De un error corregible, o de un desconocimiento que debe hacerse constar en la demanda para que desde la propia oficina judicial se ponga en marcha su averiguación. La doctrina constitucional⁴²¹ considera que «...el órgano judicial tiene no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso...», y lo cierto es que el art. 156 LEC prevé los mecanismos para que el letrado J intente averiguar el domicilio del demandado cuando el demandante manifieste que le es imposible designar uno.

-Respecto a las omisiones que, llegado el momento de fallar, impedirían al tribunal pronunciarse sobre la condena en caso de estimar la demanda, parece claro que han de referirse a contenidos fácticos concretos, preceptivos legalmente en su inclusión en la demanda, y necesarios para dar contenido en la sentencia a los pronunciamientos debidos. Puede tratarse de extremos relativos a los hechos constitutivos de la pretensión pero lo más habitual es que el silencio opere sobre hechos jurídicamente relevantes que no incluyen los constitutivos. Si se efectúa un rápido recorrido por las modalidades procesales que en su regulación exigen de forma expresa, o no, ciertos fundamentos, enseguida queda ilustrada la situación. No obstante, utilizo sólo la demanda por despido (art. 104 LJS). La omisión de la fecha de antigüedad y/o del salario base de cálculo de la indemnización, imposibilitaría el cálculo de la última al juzgado, declarado el despido improcedente. En el mismo caso, si no consta la posible cualidad del trabajador de representante legal o sindical no podría otorgar la titularidad legal de la opción, o si no se alude a la posible afiliación sindical de la demandante, no podría fiscalizarse el cumplimiento de la audiencia previa para declarar quizás el despido improcedente por defecto de forma. No creo, sin embargo, que sea el caso de demandas en cuyo suplico se pide de forma principal o alternativa un pronunciamiento de nulidad sin incluir los hechos o causa de pedir fáctica que la fundamenten. El principio rogatorio o dispositivo podría lesionarse, y extralimitarse la oficina judicial primero, o el tribunal, después, si advierten de una omisión que no es preceptiva legalmente o que atañe a la regla preclusiva sobre la carga de la alegación ex art. 400 LEC. Si no se encuentra fundamento en la demanda para la petición de nulidad el juez sugerirá o deducirá que no se mantiene la petición de nulidad. Pero en ocasiones de los hechos incluidos en el escrito rector se deducen indicios suficientes para admitir la petición de nulidad y ordenar la inversión de la carga de la prueba. En este caso la demandada no podría oponer indefensión y los principios de igualdad de armas y de contradicción serían respetados.

-El tercer objetivo o fundamento de la subsanación, como se ha enunciado, pretende corregir la indebida constitución de la relación jurídico-procesal. El art. 81.1 LJS al referirse a los defectos u omisiones en la redacción de la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios, no sólo los anuda a la válida prosecución del proceso, sino también a su término. A su normal y esperada culminación con sentencia que resuelva el fondo de la cuestión litigiosa. Significa esto, entiendo, que en principio el letrado J puede advertir al demandante, además, sobre otras cuestiones procesales subsanables atinentes a la falta de capacidad o debida postulación de los litigantes, a la falta de conciliación o mediación previa (con singular tratamiento en el apdo. 3 del mismo artículo), a la falta de reclamación o agotamiento de la vía administrativa previa (reiterado en el art. 140 LJS, para los procesos de Seguridad Social), a la inadecuación de procedimiento, a

421 SSTC 30/2014 y 169/2014, entre otras.

la indebida acumulación de acciones y a la falta de litisconsorcio necesario activo o pasivo propio (es decir el previsto en un precepto legal).

Por su parte si entiende que concurre falta de jurisdicción o competencia, dará cuenta al juez o tribunal (art. 81.1), y sobre una posible falta de acción o legitimación activa *ad causam*, litispendencia, cosa juzgada o caducidad de la acción, nada puede advertir por su naturaleza impositiva o insubsanable que, además de requerir en el primer caso la contradicción en la celebración del juicio oral, o su juicio por quien ostenta potestad jurisdiccional, en los otros casos, determinarían de ser apreciadas la inadmisión de la demanda (en un caso claro de cosa juzgada material en su efecto negativo o excluyente, de litispendencia o de caducidad de la acción) o la desestimación de la demanda en sentencia, decisiones ambas que sólo competen al juez o tribunal.

- En íntima conexión con ello y con iguales matices competenciales, se sitúa el cuarto fundamento de la subsanación, cual es evitar una sentencia meramente procesal o absolutoria. Sin embargo, por fortuna, cuando de oficio o a instancia de parte se detecta una cuestión procesal subsanable en la que no ha reparado el letrado J, y aunque haya comenzado o incluso concluido el juicio oral, cada vez es menos frecuente que se dicte sentencia de esta índole. Siguiendo los mandatos del máximo intérprete constitucional y los dictados de las norma procesales, se decide en auto la nulidad de lo actuado retrotrayendo las actuaciones al momento en que hubo de subsanarse la cuestión.

- En último lugar, la Obra que se sigue, sitúa en la necesidad de evitar indefensión a la parte demandada la oportunidad de subsanación que debe facilitar el letrado J. Ya se ha señalado que este trámite no sólo tutela el válido ejercicio de acción judicial sino al proceso en su conjunto y en él, a la parte demandada frente a quien se afirma la pretensión. Por lo que indudablemente si opta por resistirse, oponerse o defenderse frente a ella, debe dársele la oportunidad de preparar y ejecutar esa posición con conocimiento de causa y sin verse sorprendida en el juicio oral. En definitiva, sin sufrir indefensión. Es cierto que omisiones de esta índole, en sus efectos, pueden ser difíciles de detectar a la vista del escrito rector, pero el principio de subsanabilidad opera a lo largo de todo el proceso si legalmente fuera necesaria y posible su utilización (art. 240.2 LOPJ).

b) Defectos en la reconvención. El instituto procesal de la reconvención implica, en términos generales, que el demandado no sólo se opone a la pretensión frente a él dirigida, sino que además afirma una o más pretensiones frente a la actora convirtiendo a ésta, a su vez, en demandada y asumiendo sin perder su posición inicial en el proceso también la de demandante. Es posible asimismo, aunque muy extraño, que la parte demandada reconvenga sin oponerse a la demanda de la actora, allanándose por ejemplo. En cualquier caso y de este modo, de forma singular, se origina una acumulación de dos derechos de acción o de pretensiones. Su viabilidad, no exenta de límites, asiste al principio de economía procesal pero también a la evitación de sentencias contradictorias por la conexión objetiva que exige su utilización. El último objetivo, sin embargo, puede quedar en entredicho debido a la todavía imprecisa delimitación de la conexión objetiva. Su alcance no siempre coincide entre la doctrina académica y la judicial. En este sentido se expresa la Exposición de Motivos de la LEC: «Con la misma inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, el régimen de la pluralidad de objetos pretende la economía procesal y, a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, dificulte, sin

razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios. De ahí que se prohíba la reconvencción que no guarde relación con las pretensiones del actor y que, en los juicios verbales, en general, se limite la acumulación de acciones» (VIII).

El origen de la reconvencción se remonta a la *cognitio extra ordinem* del derecho procesal romano, recibiendo entonces las denominaciones de *mutuae petitionis o mutuae actiones*⁴²² y culminando con la legislación de JUSTINIANO. Entonces, su función primordial era permitir la compensación de créditos entre las partes⁴²³. El término se debe a los canonistas de la Reforma gregoriana⁴²⁴. Tradicionalmente se ha distinguido entre reconvencción inconexa y conexa. En ambas la identidad subjetiva es inherente a la situación, bastando con ello en la primera modalidad. En la conexa se exige, además, vinculación o «conexión causal»⁴²⁵ entre los objetos procesales de las pretensiones cruzadas.

Su régimen jurídico procesal se sitúa esencialmente en los arts. 405 a 409 de la LEC, y para el proceso social en el apartado 3º del art. 85 LJS. Un dato tan obvio como su carácter voluntario, facultativo o potestativo -puesto que se configura como un derecho, no como un deber- («Al contestar a la demanda, el demandado *podrá*, por medio de reconvencción...» art 406.1), merece ser despachado en primer lugar porque, a pesar de la claridad del precepto, se ha debido de llegar en amparo al TC⁴²⁶ como consecuencia de una errada interpretación y aplicación del art. 400 LEC (regla preclusiva) regulador de la llamada «carga de la alegación». Los tribunales ordinarios concluían -vulnerando el principio *pro actione* por una indebida apreciación de litispendencia- que el demandado en un pleito anterior debió reconvenir, obviando de este modo que la preclusión de la alegación del precepto señalado y los efectos de litispendencia y cosa juzgada en él previstos se refieren únicamente a hechos y fundamentos o títulos jurídicos pero, en ningún caso, a peticiones que, junto con los elementos anteriores configurarían al completo una pretensión o «acción». Es claro que tal carga opera también sobre la demanda reconvenccional («Será de aplicación a la reconvencción lo dispuesto para la demanda en el artículo 400», art. 406. 4 LEC), pero sólo sobre los contenidos indicados, y una vez que, siendo posible, voluntariamente se haya reconvenido.

Conociendo su significado, sus fundamentos y, con su naturaleza jurídica, la doble condición que ostenta en tanto que determina una acumulación objetiva de acciones y una nueva demanda⁴²⁷, antes de afrontar sus singularidades en el proceso laboral, es necesario observar su marco normativo en la LEC siguiendo el art. 406. En primer lugar, se trata de una reconvencción conexa: sólo se admite si existe conexión entre sus pretensiones y las de la demanda principal. En segundo término, el tribunal ha de tener competencia objetiva y debe ser posible la acumulación de las acciones que se origina. La tercera condición implica que se proponga a continuación de la contestación, acomodándose a lo previsto para el contenido de la demanda (este aspecto, trasladado al proceso social, nos permitirá posteriormente analizar los eventuales defectos de la reconvencción y la posibilidad o no de su subsanación), sin admitirse, en ningún caso, la reconvencción implícita

422 MELLA MÉNDEZ, I., *La reconvencción en el proceso laboral*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 28.

423 FRENÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., *La reconvencción en el proceso laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 26.

424 *Ut supra*, p. 32.

425 *Ut supra*, p. 147.

426 STC 106/2013, FJ. 5º.

427 FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., *La reconvencción...*, cit., pp. 80-83.

(no hay reconvencción si finaliza su contestación solicitando la absolución respecto a la demanda principal⁴²⁸). Por último -ya se ha tratado- es de aplicacón a la reconvencción lo dispuesto en el art. 400 LEC. Además, según lo dispuesto en el art. 407 LEC, la reconvencción civil consiente dirigirse contra sujetos que no son demandantes si pueden considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido.

Destacados los límites que interesan al proceso laboral, es momento de abordar las previsiones de la LJS. Sus peculiaridades, en contraste con el proceso civil y sin olvidar su juicio verbal, en el que en principio no es posible reconvenir⁴²⁹, parten del dato de que la contestación a la demanda social se realiza verbalmente en el acto del juicio oral, en el que como es sabido se concentran, en unidad de acto, las fases de alegaciones, prueba y conclusiones de las partes. Es en este momento, tras contestar a la demanda, cuando la parte demandada puede formular reconvencción. Sin embargo, sólo es posible gracias a los trámites pre-procesales regulados en la LJS sobre evitacón del proceso. El preceptivo intento de conciliación administrativa y la interposicón de reclamación administrativa previa a la vía judicial o agotamiento de la vía administrativa a través de los correspondientes recursos antes de interponer demanda de proceso ordinario o de algunas modalidades procesales, hacen viable la reconvencción en este orden jurisdiccional. Si no existiesen, la fórmula reconvenccional sería inadmisibile por razones elementales: resultaría siempre una sorpresa para la parte actora que no habiéndola previsto o incluso imaginando su posibilidad sin certeza sobre ella, no podría acudir al juicio preparada para su oposicón y defensa, y la indefensión ocasionada sería incuestionable.

Por ello, la Ley adjetiva social (art. 85.3) sólo la admite cuando el demandado la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o al resolver expresamente la reclamación administrativa previa o el recurso con el que se agota la vía administrativa. Se pueden formular, hasta el momento, dos conclusiones aparentemente claras:

En primer lugar, la reconvencción no está legalmente ideada en las modalidades procesales dispensadas del trámite de evitacón del proceso así como tampoco para el incidente concursal⁴³⁰, o el legislador «olvida» reiteradamente o no tiene voluntad de una previsión sobre tiempo y forma respecto a esas modalidades. No obstante, la circunstancia es posible y se ha dado⁴³¹. En ocasiones se ha admitido, siempre que se articule antes del juicio oral y con tiempo para que la actora pueda preparar su defensa -con lógico fundamento en el principio de igualdad (art.14 CE)-, en otras no⁴³². Se ha inadmitido incluso en un proceso en el que debió de interesarse conciliación previa pero no llegó a celebrarse el acto por causa no imputable a las partes, y ello, a pesar de que la demandada presentó ante el Juzgado de lo Social demanda reconvenccional antes del juicio oral⁴³³. La Sala consideró que perder la posibilidad de reconvenir no ocasiona indefensión puesto

428 Véase RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Prohibición de reconvencción implícita y actuaciones Judiciales», *Repertorio de Jurisprudencia* num.32/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007 (BIB 2007\2788).

429 CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 438 de la LECiv Reconvencción y acumulación subjetiva y objetiva de acciones», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (tomo I)*, Aranzadi 2011 (BIB 2011\5124).

430 STSJ Asturias, de 28 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 1694/2014).

431 Véase STS de 5 de julio de 2012 (Rec. núm. 62/2010), aunque su Fundamentación jurídica incide, sobre todo, en la imposibilidad de reconvenir porque la demanda principal es de tutela de derechos fundamentales, lo que imposibilita la acumulación objetiva, vía reconvenccional en este caso.

432 FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., *La reconvencción...*, cit., pp. 240 a 246.

433 STSJ Madrid, de 15 de noviembre de 2010 (Rec. núm. 3187/2010).

que se puede iniciar un proceso independiente a lo que añadió, en el caso concreto señalado, que no había conexión entre las pretensiones de ambas demandas.

En segundo lugar, para reconvenir en el juicio oral se ha debido de comparecer en el acto de conciliación administrativa o mediación, anunciando entonces los «términos» de la reconvenición. Tratándose de un ente de naturaleza jurídico-pública o de una mutua colaboradora con la Seguridad Social, es imprescindible haber resuelto expresamente la reclamación previa o el recurso administrativo que agota la vía planteando, del mismo modo en la resolución, el objeto de la demanda reconvenicional.

Si se desiste de la demanda, expresa o tácitamente, no hay posibilidad de reconvenir, por la sencilla razón de que desaparece la necesidad y posibilidad de contestar a la demanda. Aun habiendo sido debidamente anunciada, su formulación está legalmente prevista para el momento de contestar a la demanda, así que, a falta de ésta, el proceso iniciado por voluntad del actor culmina⁴³⁴.

Cuando la norma se refiere a los «términos» u objeto de la demanda reconvenicional se está limitando a exigir la identificación de «...en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta». La LEC, por el contrario, es más profusa. Dispone en su art. 406.3 que la reconvenición «...se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399⁴³⁵» y que «...habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos». Por tanto, en el proceso social la demanda reconvenicional pasa para su suficiencia y admisión formal por unos mínimos identificables con la petición (que equivaldría al suplico bien construido de una demanda al uso) y de la causa o causas de pedir en su vertiente fáctica. En definitiva, lo imprescindible para que el actor reconvenido no sufra indefensión y se garantice la necesaria contradicción. Ahora bien, esta cuestión no puede delimitarse sino en el caso concreto. Otra cosa es que, aun no exigiéndose, el conciliado o ente reclamado administrativamente, puedan anticiparse a un reproche de indefensión en el juicio oral, presentando al acto de conciliación o mediación, en el primer caso, una suerte de demanda

434 STS Castilla y León (Burgos), de 30 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 562/2015), F.J. 2º, STSJ Madrid, de 5 de junio de 2015 (Rec. núm. 980/2014).

435 «1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.

3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.

4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.

5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.»

reconvencional que en síntesis se integre en el acta e incluso, además, se entregue al solicitante. Y, en el segundo caso, que la resolución administrativa incluya en su cuerpo la demanda reconvencional. Nada lo impide, y en la contienda sería una muestra de honestidad y limpieza, además de garantizarse con ello la superación del control sobre el contenido del anuncio.

En consonancia con las previsiones de la LEC, el apartado 3º del art. 85 LJS amplía la dicción de su predecesor, excluyendo también la posibilidad de reconvenir en otros tres escenarios:

- Cuando el órgano judicial no sea competente. El óbice de orden público competencial, como es sabido, puede ser objetivo, funcional o territorial. Es fácil concebir ejemplos en relación con la competencia material, no así con la territorial y menos aún con la funcional. Se puede pensar en un trabajador pariente consanguíneo o afín de su empleador que le demanda en reclamación de cantidad por cualquier concepto en deuda derivada del contrato de trabajo, y el segundo le reconviene por un préstamo que pactaron en el ámbito privado y gracias a la relación familiar, que aún no le ha devuelto. En cualquier caso, la delimitación de la competencia objetiva entre el orden social y otro orden judicial que pudiera suscitarse como consecuencia de la demanda reconvencional puede entenderse «satisfecha» con el estudio que previamente se ha desarrollado bajo el título «Problemas de Jurisdicción y Competencia». Respecto a las competencias funcional y territorial, creo que su determinación, para la primera, y las reglas, para la segunda, contenidas en la LJS, convierte este posible supuesto impeditivo de la reconversión en raro, más aún cuando la misma no se practica a diario y, cuando se plantea, lo habitual es que sea en conflictos individuales de trabajo o de Seguridad Social.
- Si la pretensión reconvencional corresponde a modalidad procesal distinta y no es acumulable. Este contexto incluye en suma, dos circunstancias. No se trata de alternativas. Que con la demanda reconvencional se produzca una acumulación objetiva de acciones en un proceso ordinario con una modalidad procesal o viceversa, o de dos modalidades procesales diversas no es en absoluto extraño. La cuestión es que la regulación sobre acumulación de acciones prohíba esa acumulación concreta, caso en el que inadmitida la demanda reconvencional, la demandada tendría que iniciar su propio proceso independiente. Por tanto, es simplemente cuestión de analizar el régimen jurídico de la acumulación de acciones en los arts. 25 a 27 LJS.
- Si no existe conexión entre las pretensiones reconvencionales y las de la demanda principal. Esta situación es la más delicada, por indeterminada. La conexión entre pretensiones o entre procesos no ha sido ni es objeto de una delimitación clara y precisa en las diversas normas procesales. Quizás el precepto que más se ha acercado sea el art. 222.4 de la LEC⁴³⁶ al determinar el efecto positivo, vinculante o prejudicial de la cosa juzgada material, pero esto no significa que esa concreta y singular conexión deba aplicarse a la exclusión de la reconversión que nos ocupa. La LJS alude, sin más, a la inexistencia de conexión, coincidiendo con lo expresado por la LEC. La doctrina procesalista⁴³⁷ considera lógico

436 «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

437 TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comentario al art. 406 de la LECiv Contenido y forma de la reconversión. Inadmisibilidad de la reconversión no conexa con la demanda y de la reconversión implícita», en AA.VV.,

pensar que la norma se refiere al nexo entre la causa de pedir de la acción principal y la de la demanda reconvenional, no a los *petita* de las anteriores, aunque se duda por la presencia de la carga de la alegación *ex art.* 400 LEC.

Antes de la LJS la doctrina iuslaboralista estaba dividida. La LPL nada decía sobre la exigencia de conexión objetiva para reconvenir. No obstante, de forma mayoritaria se consideraba la aplicación de la LEC y se apuntaba incluso, con mayor amplitud, a la posibilidad de su admisión cuando ambas acciones compartiesen su fundamento en la misma relación jurídico-laboral que vinculaba a las partes, aún no coincidiendo la vertiente fáctica de las causas de pedir⁴³⁸. También se ha apuntado a la necesidad de acudir analógicamente a los criterios sobre acumulación objetiva de acciones en el art. 71 LEC⁴³⁹.

En otro orden de cosas, no puede abandonarse la reconvenición sin, al menos brevemente, relacionarla con la *compensación de deudas*. No es en modo alguno extraño que el trabajador y su empleador ostenten simultáneamente la doble condición de acreedor-deudor entre ellos. Con la LECA la empresa demandada por su trabajador que a su vez era titular de un crédito frente a éste y quería hacerlo valer en el proceso en el que se le demandaba podía reconvenir, oponer entre sus defensas de fondo la compensación como hecho extintivo (excepción material o sustantiva): «Las obligaciones se extinguen...por compensación...» (art. 1156 CC), o iniciar su propio proceso. La LEC asumió en su regulación un nuevo tratamiento procesal de la alegación por el demandado del crédito compensable (art. 408.1): «Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvenición, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar». Sin duda la alegación para ser considerada por el juzgador y decidida a la vista del fallo de la sentencia ha de cumplir los requisitos de la norma sustantiva. El art. 1196 del Código Civil exige para su procedencia que ambos obligados sean a su vez acreedor principal del otro, que las deudas consistan en una cantidad de dinero, vencida, líquida y exigible, y que estén libres de retención o contienda de un tercero notificada al deudor.

Por su parte la LPL no decía nada al respecto. Así que durante una década y hasta la LJS que con el párrafo 2º del art. 85.3 se adecuó a la previsión de la LEC, con los necesarios matices, el TS hubo de pronunciarse sobre el régimen de aplicación de la compensación -como hecho extintivo, defensa de fondo- al proceso laboral, distinguiéndola de la reconvenición para no exigir a aquella los requisitos formales de anuncio previo⁴⁴⁰. Así mismo, la doctrina⁴⁴¹ y las Salas de lo Social de los TSJ no se ponían de acuerdo sobre la aplicabilidad de la previsión del art. 408.2 LEC al juicio oral social: para alegar la excepción de compensación en el juicio civil verbal, la demandada

(Dir. MARÍN CASTÁN, F), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (tomo I)*, Aranzadi 2011 (BIB 2011\5118).

438 MELLA MÉNDEZ, I., *La reconvenición...*, cit., pp. 196-199.

439 FOLGUERA CRESPO, J. A., y OTROS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 231.

440 STS de 17 de septiembre de 2004 (RCUD núm. 4818/2003), F.J. 3º y 4º.

441 Véase AGUT GARCÍA, C., «Reconvenición versus compensación en el proceso laboral», *Revista de jurisprudencia El Derecho*, nº1, Madrid, 2006 y AGUT GARCÍA, C., «La compensación de deudas: su alegación en el proceso laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 12, octubre 2006 (iustel.com).

debe notificársele al actor al menos con cinco días de antelación al juicio. El señalado párrafo 2º establece que la reconvencción no es necesaria en dos supuestos, de los cuales, el primero, distingue a su vez dos situaciones:

- Para alegar compensación de deudas vencidas, líquidas y exigibles⁴⁴². Se entiende -y por eso lo añado- que también sea líquida, en cuyo caso no tendría en principio por qué cuestionarse la necesidad de haber reconvenido en tiempo y forma. Distingue después el precepto, expresamente, el caso de que no lo sea antes del juicio y precise por ello de determinación judicial. Siendo así, se exige anuncio en la conciliación o mediación previas o en la resolución de la reclamación o recursos que agoten la vía administrativa, así como expresar los hechos que fundamenten la excepción y la forma de liquidación de la deuda. Comparte este caso las condiciones de anuncio de la reconvencción para su admisión, pero no lo es por cuanto la norma habla de excepción. Es importante por ello no demorar más los diferentes efectos de la compensación y de la reconvencción fruto de sus divergencias nucleares. La compensación, como es sabido, cuestión sustantiva, se configura legalmente en el Código Civil como medio de extinción de obligaciones, mientras que la reconvencción es un instituto procesal. La compensación alegada en el proceso persigue la absolución o atemperar la posible condena, la reconvencción como pretensión implica la solicitud de una tutela concreta, contrastando ahora, de condena, independiente de que además se resulte absuelto o condenado por la demanda principal. La compensación, aún apreciada a favor del demandado, una vez firme la sentencia, surte el efecto positivo o vinculante de la cosa juzgada material, la reconvencción decidida en sentencia firme, además, el efecto negativo o excluyente de la *res iudicata*.
- En general, cuando el demandado se sirva de una pretensión sólo para ser absuelto de la de la demanda principal, bastará que lo haga al contestarla. No parece muy acertada la utilización del término «pretensión» por cuanto casi resulta inevitable pensar, aunque no sólo, en petición.

En suma, puede concluirse en que los defectos anudados a la reconvencción además de no tener previsto un trámite de subsanación como la demanda, no se benefician de esta posibilidad por cortesía de los tribunales realizando una aplicación analógica de la norma procesal, por lo que habría de iniciarse un proceso independiente. O se admite porque cumple los requisitos o no porque no supera alguno. Y en último caso, con la firmeza de la sentencia del proceso en que se intentó acaba la vida procesal de esa reconvencción, aunque como se dice no forzosamente de la pretensión.

C. Falta de conciliación o de mediación previas

En la actualidad y desde hace décadas la LJS es la única norma adjetiva que implica como «presupuesto» procesal el intento de conciliación previa o extrajudicial para la incoación del proceso (o mediación previa, con la vigente Ley). El enjuiciamiento civil, hasta verlo desaparecer (tras la Ley 34/1984, de 6 de agosto que modificara el Título Primero del Libro Segundo, arts. 460-480), exigió también este sistema de autocomposición aunque en el ámbito judicial⁴⁴³. Hasta

442 A lo que añade algo obvio: «...y no se formule pretensión de condena reconvenccional,...».

443 Sobre el origen y las vicisitudes que la conciliación ha atravesado en España, puede consultarse ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil*, Trivium, Madrid, 1994, p. 994.

la LPL de 1980 el Magistrado instaba de oficio al órgano conciliador para la celebración del acto y posterior comunicación del resultado, y a partir del momento señalado se impuso al tribunal social la obligación de controlar el cumplimiento del presupuesto, así como el deber de advertir para su subsanación a la parte actora con apercibimiento de archivo de las actuaciones, tal y como se ha venido regulando en las leyes de procedimiento posteriores hasta que se trasladó el cometido al letrado J y continúa hoy.

Aunque la LEC 1881 (Título I del Libro II, artículos 460 a 480) -en vigor hasta la Ley de la Jurisdicción Voluntaria- admitía la posibilidad de intentar la conciliación ante el tribunal competente (de acuerdo con la redacción dada por la Ley 34/1984, modificada después por la Ley 13/2009), su naturaleza facultativa impedía su inclusión entre las excepciones dilatorias y perentorias, al contrario que la falta de reclamación previa, exigida por la ley, que sí engrosaba la lista de aquellas excepciones y se consideraba jurisprudencialmente un defecto subsanable, precisamente por su analogía con el acto de conciliación (STS 27-2-1987). Actualmente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula en su Título IX la conciliación judicial (arts. 139-148), de uso lógicamente voluntario por las partes y, sin perjuicio, de otros cauces de intermediación, como Notarios y Registradores. Así que hoy, tan sólo el art. 403.2 LEC se refiere a la conciliación al prescribir la inadmisión de la demanda cuando «...no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales».

El TC flexibilizó la exigencia del «acto de conciliación previo en el proceso laboral, teniendo en cuenta la mutación conceptual que el legislador ha atribuido a dicho método auto compositivo, derogando el carácter de presupuesto procesal que se atribuía al acto de conciliación y transformándolo en un acto «intraprocesal» en todos los procesos civiles y buena parte de los laborales, a partir de la reforma parcial de la LECiv de 1984 o de la nueva LPL de 1990»⁴⁴⁴. No debe olvidarse que en la LJS tanto la conciliación administrativa como el agotamiento de la vía administrativa se conciben como formas de evitación del proceso, con lo que éste ha de ser el punto de partida y de «llegada» a la hora de estudiar si la no cumplimentación de tales trámites puede llegar a impedir una resolución sobre el fondo del asunto. Así, cuando se trata de evitar el proceso, de dar oportunidad a los sujetos enfrentados de dotarse de un acuerdo transaccional eludiendo la sumisión a un pronunciamiento judicial, las exigencias que a este expediente se asignan por la Ley y su repercusión en el proceso cuando fracasa, han de ajustarse precisamente a su finalidad: brindar la ocasión a quien sería demandado de evitar el proceso.

Con ello, debe atenderse a su satisfacción y nunca a la posibilidad de utilizar la falta de conciliación previa como defensa para obtener la absolución en la instancia o, dicho de otro modo, para eludir el tribunal su obligación de resolver el conflicto mediante sentencia que resuelva el fondo. En todo caso y aun considerando más reprobable la sentencia procesal, no debemos obviar que, al fin, la solución definitiva en cuanto a la obtención de la sentencia de fondo solicitada podría en estos supuestos verse ordenada por el tribunal *ad quem* que decretando la nulidad de actuaciones obligase al juzgado a retrotraer para subsanar, proseguir el proceso y dictar la sentencia de fondo en la instancia, considerar cumplido el presupuesto y ordenar la retracción al momento de dictar sentencia imponiendo el pronunciamiento de fondo, o incluso resolver el fondo. Sin embargo, cuando el defecto procesal llevaba al Juez, sin considerar la subsanación por

444 STC 69/1997, F.J. 6º.

no advertirla o teniendo por no subsanado el defecto, a acordar el archivo de la demanda, la parte actora no encontraba otro cauce para ver tutelado su derecho fundamental que recurrir en amparo al TC. El art. 191 LJS incluyó, por fin, entre los autos recurribles en suplicación los que ponen fin anticipado al proceso, con lo que la Sala puede remediar esta dislocada posibilidad.

Es tal el afán legal de evitar el proceso, o mejor la sentencia para la resolución de la contienda en el conflicto social individual, que no sólo se prevé la admisión de la demanda a pesar de la falta de intento de conciliación con un plazo singular y más amplio para su subsanación que el conferido para otros defectos procesales (art. 81.3 LJS), sino que el propio proceso laboral impone en los distintos procedimientos el trámite de conciliación judicial viable incluso tras la celebración del juicio oral siempre que todavía no se haya notificado la sentencia a las partes. Más aún, advertido el demandante para subsanar, e intentada la conciliación en el plazo legal aunque no celebrado el acto en el mismo, se ha considerado por el TC cumplido el presupuesto y obligada la prosecución del proceso; el Alto Tribunal entiende que la celebración del acto no depende del actor sino del organismo administrativo competente para fijar su fecha, con lo que basta con que el demandante presente su papeleta dentro del plazo de subsanación. Al fin y al cabo la celebración de la conciliación es un acto previo a la tramitación del proceso y no tanto a la demanda, y como lo esencial es brindar a las partes la oportunidad de someterse a solución extrajudicial, lo que explica la admisión provisional de la demanda, se cumple el designio presentando la papeleta en el plazo para subsanar⁴⁴⁵.

Desde la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se trasladó al letrado J el deber de emplazar y advertir a la parte actora para la celebración o intento del trámite conciliatorio –sin perjuicio de resolver sobre la admisión de la demanda y proceder al señalamiento- con apercibimiento de archivo de actuaciones, en caso contrario, quedando sin efecto el señalamiento realizado (art. 81.3 LJS). Debe realizar un control pleno de su cumplimiento: tanto cuando no acompañe a la demanda la certificación del acto como cuando documentado el trámite, observe diferencias entre los hechos alegados en la demanda y los aducidos en la conciliación (art. 80.1 c). Pero las sencillas exigencias formales para la papeleta en este trámite preprocesal (art.6 del Real Decreto 2576/1979, de 23 de noviembre), la asistencia obligatoria de las partes (art. 4.1 y 2) y su eficacia aunque no comparezca el conciliado (art. 11) otorgan a los implicados no sólo la oportunidad de la avenencia sino la ocasión de aclarar la pretensión y los hechos en que se funda. Así que, por una parte siendo habitual acompañar a la demanda la certificación del acta, que no la papeleta, difícilmente podrá el letrado J realizar el segundo control. Por otra, también debiera desatenderse la alegación de la demandada en el proceso sobre la parquedad de los hechos o confusión en la pretensión que se volcaron en la papeleta.

La Ley excusa del trámite a ciertos procesos (art. 64 LJS). Unos se justifican en el tipo de pretensión⁴⁴⁶, otros en incidencias genéricas que pueden afectar eventualmente a los pleitos

445 STC 199/2001, F.J. 3º.

446 Disfrute de vacaciones (seguramente por el carácter urgente y la tramitación preferente de esta modalidad procesal) y a materia electoral (también por su carácter urgente y su sujeción al arbitraje electoral obligatorio), los iniciados de oficio, los de impugnación de Convenios Colectivos (por la indisponibilidad del objeto del proceso), los de impugnación de los Estatutos de los Sindicatos o de su modificación (en los que subyace un interés público que determina su carácter indisponible) y los de tutela de derechos fundamentales (donde confluyen el carácter indisponible proclamado de los derechos fundamentales y los principios de preferencia y sumariedad que por mandato constitucional informan estos procesos.), así como los de derechos de conciliación

en los que el trámite es exigido⁴⁴⁷, otros simplemente evitan la conciliación porque exigen la cumplimentación de otro trámite pre-procesal, cual es el caso de la reclamación administrativa previa en materia de Seguridad Social o el agotamiento de la vía administrativa y, por último, cuando se trata de impugnar judicialmente el resultado de la solución del conflicto extrajudicial y/o autocompositiva: anulación de laudos arbitrales e impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones.

Además el principal efecto de la presentación de la papeleta es la suspensión del cómputo de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción. Pero suprimida la reclamación administrativa previa para demandar al ente público en su rol de empleador y estando sujetas frecuentes pretensiones al plazo de caducidad de veinte días, cuando debe codemandarse a ente público y privado, el actor tendrá que presentar la demanda, en muchos casos, antes de celebrado el acto para no sufrir la caducidad de la acción frente al ente público y, es obvio, que este aspecto no se ha tenido en cuenta por el legislador. Estos concretos casos, convierten la pervivencia de la necesaria conciliación previa en un delicado obstáculo que pone en peligro el acceso a la sentencia de fondo por causa de la caducidad.

Es posible el desajuste entre los términos de la conciliación y la demanda, no subsanado, lo que puede limitar o impedir el juicio de cognición. La «identidad» es exigible en las peticiones de ambos escritos. Ahora bien, este mandato no es necesariamente ampliable a otros contenidos, como, por ejemplo, la evitable fundamentación jurídica, no requerida ni para la papeleta ni para la demanda (y menos aún una subespecie de aquella noción, como la eventual calificación jurídica que el actor pudiera dar a los hechos dentro de la papeleta por contraste con la expresada en la demanda⁴⁴⁸).

La exigencia de la norma -con cierta dosis de imprecisión- y la correlación fáctica impuesta en la ley adjetiva imponen tratar -en conexión con el objeto del proceso- los distintos elementos de la pretensión, no con el rigor y precisión requeridos por aquél, sino con el fin de orientar el control judicial hacia una flexibilización que impida obstaculizar tanto el acceso a la jurisdicción como la sentencia sobre el fondo del asunto. Su función es lo que cuenta y como cualquier institución jurídica, ésta debe ser su guía: «En general, la Ciencia jurídica no *reconoce* conceptos, descubre su utilidad y los transmite a quienes puedan estar interesados. La Ciencia jurídica ha de *construir* los conceptos conforme a la realidad significada por ellos, pero también -en este punto hemos de insistir ahora- es razón de su función. Con otras palabras: el quehacer científico-jurídico debe establecer los conceptos, perfilados con precisión, de modo que cumplan una función de entendimiento de la realidad, de comunicación entre las personas interesadas en esa realidad y -esto ha de subrayarse- de instrumentos máximamente adecuados para resolver los problemas

de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 138 bis y el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (los dos últimos incluidos con la nueva redacción dada por la Ley 13/2009).

447 Por implicar, en el primer caso, a una pluralidad de sujetos demandados, públicos y privados, si la pretensión se debe someter a agotamiento de la vía administrativa y en ésta puede decidirse el asunto litigioso o, lo que es igual, evitarse el proceso y, en el segundo, sin duda por razones de economía procesal, aquéllos en los que, incoado el proceso, fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas a las inicialmente demandadas. Puede destacarse que esta segunda exclusión manifiesta una flexibilización del presupuesto.

448 STC 127/2006.

detectados»⁴⁴⁹. La necesidad de que la parte conciliada conozca el objeto de la conciliación que de fracasar, pasará a ser objeto del proceso, no implica el sometimiento al total de las reglas y cargas procesales, previstas en las leyes de enjuiciamiento. Por ello los elementos objetivos de la pretensión merecen un control menos riguroso en la conciliación que en el proceso, incluso en el diálogo que entre estos ha de asegurarse.

a) Diferencias entre los hechos de papeleta y demanda. Se prohíbe en la demanda la alegación de hechos distintos de los aducidos en conciliación, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación del trámite de conciliación o que no hubieran podido conocerse con anterioridad [art. 80.1 c) LJS]. Pero sólo una integración de la papeleta entre los documentos que acompañan la demanda permitiría el examen contrastado de los hechos de los dos escritos y, por tanto, ese control avanzado. En todo caso, ello no veda que la parte demandada pueda hacer valer posibles disonancias en el momento procesal oportuno. No obstante, y a propósito de tales disparidades cabe hacer algunas precisiones, ya que una eventual disparidad entre los relatos de hechos consignados en papeleta y en demanda no siempre debe considerarse anómala.

Puede que la diferencia se deba a hechos producidos con posterioridad a la sustanciación de la conciliación, lo que en modo alguno impide su invocación tan pronto como ello sea posible, tal y como lo demuestran innumerables apartados de la LJS (aun a propósito del grado de suplicación, art. 233 LJS). Si por sustanciación se entiende la celebración del acto, puede colegirse que los hechos deducidos en la demanda pero no en la papeleta por acaecer en fecha posterior al acto no deben llevar al juzgado al trámite de subsanación. Si se producen después de presentada la papeleta pero antes de la celebración del acto, es razonable esperar su alegación al comienzo del acto con la ratificación ampliando la papeleta, haya comparecido o no la parte interesada. Se mencionan expresamente en la norma con estos hechos los que no hubieran podido conocerse con anterioridad, con el mismo régimen, salvándolos, en caso de ser puestos en entredicho, con la prueba que el actor aporte sobre la fecha de su conocimiento.

Podemos imaginar asimismo diferencias factuales que no impliquen variación sustancial sobre la causa de pedir y la petición. Del mismo modo que la LJS consiente (art. 85.1) que el demandante amplíe su demanda en el acto del juicio oral siempre que no introduzca variaciones sustanciales, debe admitirse que el escrito rector complete el relato fáctico previamente aportado en la papeleta de conciliación. Es frecuente que el trabajador presente una papeleta que el propio servicio administrativo le facilita ya confeccionada, donde limita sus alegatos a los que a su criterio considera relevantes, ajustándose al escaso espacio que el formato le permite. Como también lo es el que el actor no recurra a la dirección letrada o Graduado social hasta el momento de la confección de la demanda, lo que puede materializarse en una atribución sobrevenida de relevancia jurídica a elementos fácticos hasta el momento despreciados por el interesado y esto, sin obligar a un replanteamiento de la pretensión o a una ampliación de los sujetos demandados.

Cuando el demandado denuncia la irregular articulación de la conciliación debido a diferencias apreciables entre el relato de hechos inicial y el que más tarde se formulará en la demanda, cabe apuntar la sospecha de si su interés radica realmente en acceder a la conciliación a la vista de

449 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Navarra, 2.005, p. 26.

esos nuevos hechos o más bien en dilatar injustificadamente la tramitación del proceso. Al fin y al cabo, la conciliación no está concebida como mecanismo que amplía el plazo para que la parte que será demandada prepare su oposición y defensa, sino como fórmula de evitación del proceso.

Finalmente, debe hacerse alusión a esos hechos que impliquen una variación sustancial en la causa de pedir⁴⁵⁰. En términos generales tendrían tal consideración las alteraciones que obligan a un replanteamiento de la pretensión o a una ampliación de los sujetos implicados, aunque el último caso se contempla y dispensa de la conciliación previa en la propia norma [art. 64.2 b) LJS]. Sin embargo la situación es más fácilmente planteable atendiendo a la variedad de pretensiones cuya petición se fundamenta en una pluralidad de causas de pedir y a la normativa procesal común que obliga a aducir en la demanda cuantos hechos fundamenten la petición so pena de extenderse a ellos, si se silencian, los efectos de la litispendencia y la cosa juzgada en su alegación en un pleito posterior (art. 400 LEC). Este contexto no tiene porqué obligar a un replanteamiento de la pretensión, implicar a sujetos frente a los que no se interesó la conciliación, ni modificar la petición y tampoco la acción judicial ejercitada; sin embargo si la carga de la alegación es sólo atendida en la demanda, se incurrirá en la prohibición prevista en el art. 80.1 c) LJS.

Esta circunstancia, aunque normalmente advertida por la demandada, compromete al juzgado a posibilitar la subsanación y reiterar el intento de conciliación también con alegación de los nuevos hechos, aun cuando la petición coincida en ambas demandas. Sin embargo, la ampliación en la demanda del relato de hechos respecto a los deducidos en la papeleta sin variar la petición sugiere además otras soluciones. En una aplicación literal de lo dispuesto en el art. 80.1 c) el juzgado habría de retrotraer las actuaciones emplazando para subsanar, situación que casi siempre vendrá forzada por la excepción opuesta por el demandado como se ha indicado.

También hay que considerar la previsión del apartado 6º del art. 85 de la LJS, según el cual: «Si no se suscitasen cuestiones procesales o si, suscitadas, se hubieran contestado, las partes o sus defensores con el Tribunal fijarán los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad de los litigantes...». Trámite éste que al margen de las bondades que procura a la economía procesal, bien puede utilizarse para resolver las discrepancias existentes sobre posibles variaciones sustanciales fácticas.

b) Variaciones en torno a la fundamentación jurídica. El proceso laboral no impone en la instancia la asistencia de dirección letrada a las partes y ni representación por cualesquiera otros operadores jurídicos (procurador o graduado social colegiado). En consonancia con ello, la fundamentación jurídica no forma parte del obligado contenido general de la demanda laboral (art. 80 LJS). Siendo así, no determina defecto alguno ni exige subsanación la demanda fundamentada jurídicamente que ha sido precedida de papeleta privada de ese contenido, por otra parte situación frecuente; como tampoco la demanda que incluya una fundamentación jurídica no ya más amplia sino distinta a la de la papeleta que la precedió, salvo que, y esto implicaría un contexto que merece distinto tratamiento, dichas diferencias entrañen también divergencias en la fundación fáctica y/o en la petición procesal. Más aún, como se ha señalado, la normativa sobre la conciliación previa (art. 6 RD 2576/1979) en ningún caso requiere que en la papeleta de conciliación se incorpore la invocación de preceptos de aplicación, calificaciones jurídicas ni

450 STSJ Cataluña Sala de lo Social de 22-2-2002, Rec. 6355/2001, F.J. 3º.

indicaciones sobre la modalidad procesal, pretensión concreta y fallo singular en los términos previstos en la LJS que se demandará en el posterior proceso⁴⁵¹.

c) Variaciones en torno a la petición. Aunque el art. 80.1 c) LJS se refiere sólo a los hechos, es una cuestión pacíficamente asumida que ambos escritos deben orientarse a incluir la misma petición, algo razonable puesto que la pretensión que acaba por judicializarse ha de ser la misma que primero se intentó conciliar. Sin embargo las escasas exigencias formales vinculadas a la papeleta así como el hecho no infrecuente de que el conciliante asuma sin asistencia ese trámite, que quedaría como una mera ritualización del enfrentamiento que mantiene con su empleador aun sin conocer al detalle los derechos que pudieren asistirle, pueden hacer que o bien ésta no refleje la petición en los términos precisos en que deberá hacerlo la futura demanda, una vez fracasado el trámite conciliatorio, o bien que simplemente no integre todas las consecuencias que legalmente se atribuyen a esos hechos.

A propósito de meras inexactitudes o disparidades aparentes, es procedente la alusión a la STC 127/2006⁴⁵². Refiere su Antecedente 2º, que el recurrente presentó papeleta de conciliación en la que tras relatar lo acontecido, suplicaba que se fijara día para el acto de conciliación con el fin de que la empresa demandada se aviniera a restituírle en su puesto de trabajo, así como al pago de los complementos del mismo y el respeto de todos sus derechos adquiridos, celebrándose el acto, en su día, con el resultado de sin avenencia. Por su parte, en la demanda, después de indicar que debía seguir el procedimiento urgente previsto en el art. 138 LPL (procedimiento de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo), suplicaba que se dictase Sentencia declarando «injustificada la modificación sustancial» y, en razón de ello, «se ordene la restitución en el puesto de trabajo que venía realizando, así como el pago de los complementos del mismo y respeto de los derechos adquiridos».

El Juzgado de lo Social, que en el trámite de subsanación accede a la papeleta, acaba por dictar auto de archivo de la demanda razonando, por lo que aquí interesa, que el demandante en su demanda de conciliación reclamaba de forma genérica derechos adquiridos junto con la categoría, funciones y salario, evidenciando esa petición una reclamación ordinaria y no de modificación sustancial de condiciones de trabajo, para lo cual debe solicitarse que se declare «injustificada» o «nula» la decisión de la empresa, petición que no se incluyó en la solicitud de conciliación, concluyendo que como quiera que el asunto tuvo entrada en el Decanato como demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que requería, por tanto, un intento de conciliación por tal causa, no por una acción ordinaria, debe entenderse que no se cumplieron los requisitos y no se produjo la subsanación ordenada.

El TC otorga el amparo solicitado y enjuicia en estos términos la decisión judicial: «a pesar de que el demandante dio cumplimiento efectivo a su obligación legal de intentar la conciliación previa, el Juzgador, tras un requerimiento de subsanación del todo impreciso, decretó el archivo de la demanda, sobre la base de la supuesta falta de identidad entre lo solicitado en el *petitum* de la papeleta de conciliación y en el de la posterior demanda judicial, cuando lo cierto es que no existe esa pretendida disparidad. En efecto, tanto en uno como en otro escrito la pretensión

451 STC 127/2006.

452 Comentada por GARCIA RODRIGUEZ, B. en «El ocaso anticipado de una demanda», *Aranzadi Social* núm. 5/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

del trabajador frente a la empresa es la misma: el trabajador se queja del cambio de funciones y pretende la reposición en su puesto de trabajo originario, con el reconocimiento de sus consiguientes derechos. Ciertamente es que en el escrito de demanda se perfila más técnicamente la pretensión (...) pero ello no podía justificar el archivo de actuaciones decretado, pues el demandante no viene obligado a efectuar calificaciones jurídicas en la solicitud de conciliación.» (F J 4º).

Peor remedio tendría ese supuesto en el que el trabajador, con apoyo en los mismos hechos, modificara el apartado de peticiones, añadiendo alguna que no se hubiere trasladado al trámite conciliatorio. Con más o menos precisión, la papeleta suele y ha de contener un anticipo de la petición o peticiones concretas que se reiterarán en el escrito de demanda. Esas peticiones, además de identificar los pronunciamientos -cuando se trasladen a la demanda- que se esperan obtener en la sentencia, señalan la acción o acciones concretas que se ejercerán en el proceso, lo que operará precisamente si la norma objetiva consiente esa acumulación. No obstante deben distinguirse peticiones omitidas en la solicitud de conciliación que entrañan otra acción afirmada si se incluyen en la demanda, de las que, también omitidas en aquel trámite, no representan sino otra u otras consecuencias jurídicas para la petición articulada. Estas últimas, no implican variación sustancial alguna e, incluso omitidas explícitamente en la demanda, obligarían al juez a su pronunciamiento sin riesgo de incongruencia.

Parece entonces que si el demandado cuenta con la posibilidad de evitar el proceso en el trámite de conciliación previo requiere algo más que conocer los hechos que fundamentan la pretensión puesto que puede que éstos, aun no discutiéndose, no le inclinen a una avenencia para una acción concreta y sí, en cambio, para otra. Al margen de que en la confección de la demanda, y no antes, se conozcan con precisión las acciones que pueden ser afirmadas por los mismos hechos y la posibilidad y conveniencia de su acumulación en un solo proceso, no cabe duda de que -aún dando trámite a la demanda por lo que respecta a la acción ejercitada cuya petición se sometió previamente a conciliación- la otra u otras peticiones-acciones habrán de pasar el trámite de subsanación. No obstante, si no es atendido, no procedería el archivo definitivo de la demanda, sino considerar esa acción concreta como no ejercitada o tácitamente desistida, prosiguiendo el proceso en relación con la sometida previamente a la conciliación.

La misma solución habría de darse si de entre varias peticiones, sustentadas en los mismos hechos y ajustadas a conciliación previa, alguna de ellas fuese objeto de modificación -variación sustancial- en la demanda. El demandante emplazado podría no atender a la advertencia de subsanación para la petición modificada, pero la demanda deberá mantenerse respecto a la petición que en conciliación y proceso coinciden.

Aunque el único precepto legal relativo al control del cumplimiento de la conciliación previa (art. 81 LJS) lo sitúa en el trámite de admisión de la demanda, es constante la doctrina constitucional que en interpretación de los deberes judiciales incluidos en este artículo convierte el momento señalado tan sólo en el primero. A partir de la admisión de la demanda y a lo largo de todo el proceso se impone sin límites preclusivos el control de oficio del presupuesto en cuestión, así como el cometido del juez de posibilitar a la parte actora su subsanación, lo que fuera de la ocasión inicial exige siempre una retracción de actuaciones con emplazamiento legal a la misma. No se trata de permitir eludir el cumplimiento del presupuesto sino de viabilizar en todo tiempo su subsanación; oportunidad que no encuentra otra razón que facilitar que triunfe, y evitar así la solución del conflicto a través de la sentencia judicial. La sentencia de fondo es

obligada habiéndose intentado y fracasado el trámite, pero del mismo modo el incumplimiento del presupuesto sin oportunidad de subsanación excluye la posibilidad de la sentencia tanto de fondo como procesal.

Ciertamente, aun y cuando el Juez se esmere en instar la subsanación, ésta siempre va a depender de la actividad de la parte demandante, a quien cabe hacer a partir de ese momento única responsable de una posible frustración de su derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto. Sirva de muestra el asunto resuelto por la STC 122/2006 en el que el actor interpuso demanda sin esperar a la celebración del acto de conciliación, por lo que no acreditó ni siquiera con la papeleta ya presentada el cumplimiento del trámite preprocesal, y emplazado para subsanar nada alegó ni aportó, reaccionando sólo tras el auto de archivo de la demanda con un recurso de reposición al que entonces acompañaba la papeleta y la certificación del acto de conciliación. El TC, que denegó el amparo solicitado, reparaba primero en la actividad del órgano judicial que «favoreció que la recurrente corrigiera el defecto observado en la demanda, garantizando de ese modo la posibilidad efectiva de su subsanación» y adoptó la decisión de archivo en virtud de una causa legalmente prevista, valorando después la conducta del actor que no sólo pudiendo no aportó en el trámite de subsanación acreditación del intento de conciliación sino que en ninguna de sus posibles intervenciones, incluida la demanda de amparo, alegó «circunstancia alguna en virtud de la cual se justificara el no haber atendido el requerimiento efectuado» (F.J. 3º).

En otras ocasiones, sin embargo, la respuesta de la parte queda mediatizada por la actividad del juez -o del letrado J- con su orden de subsanación (por ejemplo por la imprecisión de los términos en que la ordena), y éste es precisamente uno de los criterios que el TC considera en el control de constitucionalidad de las decisiones judiciales de archivo por falta de subsanación o subsanación irregular. Como se deduce de su STC 289/2005, el deber del juzgado de favorecer la subsanación, encierra la responsabilidad compartida de ambos sujetos procesales en este trámite. Considera dos tipos de criterios en este control: El referido a la causa legal y a la proporcionalidad de su aplicación para decidir el archivo, respecto al que valora la regulación legal, la entidad del defecto, el comportamiento y las posibilidades de subsanación de la demandante y los perfiles del supuesto. Después, controla si el órgano judicial ha favorecido y garantizado la subsanación, para lo que el *favor actionis* se contrasta con los datos facilitados por la resolución que contiene el requerimiento de subsanación (F.J. 2º).

Pero no siempre se cumple este mandato, como demuestra el supuesto resuelto en la STC 119/2007. El actor requerido -se le solicitó que aportara «original o copia certificada del acta de conciliación», lo que el TC reconoce como «indeterminación del mandato judicial» (F.J. 6º)- para subsanar por haber aportado fotocopia de la certificación del acto de conciliación, se dirigió al Juzgado de lo Social en que se encontraba el único original expedido en su día por el SMAC, y que otro trabajador había acompañado a su demanda previamente interpuesta, interesando el documento para atender al requerimiento. Pero acreditado este extremo ante el Juzgado en que se instruía su demanda, se consideró insuficiente primero, la diligencia expedida por la Secretaria de ese Juzgado y, luego el testimonio correspondiente, decretando el archivo de las actuaciones -se trataba de una acción de despido-, y confirmando esta decisión tras los recursos del actor, pues el Juzgado estimaba que para obtener el documento requerido debía haberse dirigido al SMAC. Para el TC es claro que al actor no podía reprochársele falta de diligencia y que el Juzgado con su reiterada decisión de archivo erró en la aplicación del juicio de proporcionalidad y lesionó el principio *pro accione*.

No obstante, soluciones como la adoptada en la STC 10/2001 demuestran que la resistencia del actor a la subsanación, arriesgada aunque legítima por argumentar en su favor, pueden encontrar amparo cuando del acceso a la jurisdicción se trata estando en juego la posible lesión, además, de otro derecho fundamental. El reproche constitucional a la decisión judicial de archivo de la demanda y la tutela concedida a la trabajadora revelan que la interpretación que ésta otorgó al requisito de conciliación para eludir su cumplimiento y accionar directamente por despido discriminatorio, aun siendo innecesaria y equivocada, no era sino una manifestación de su legítimo derecho a recurrir, habiéndose relativizado así, como en raras ocasiones, el valor de la conciliación previa.

Fuera del debido control de oficio por el letrado J y por el tribunal y justamente en ausencia del mismo, es la parte demandada la que puede discutir el cumplimiento del presupuesto procesal en dos momentos y a través de dos vías diferentes. Admitida la demanda una vez verificada la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 80.1 c y d, el letrado J, el demandado podría reaccionar frente a la admisión si, como es fácilmente comprobable para él, observase diferencias relevantes entre los hechos alegados en la demanda y los aducidos en la papeleta de conciliación y/o entre las peticiones de ambos escritos. Sin embargo, quizás por el frecuente desinterés de la parte demandada en conciliar el conflicto suele esperar hasta el juicio. El objetivo perseguido al reservar la denuncia del defecto procesal para este momento se aleja de la finalidad que está llamada a cumplir la conciliación. Dilatar el proceso, que no evitarlo, u obtener una absolución en la instancia sin sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa, defensa ésta más exitosa si implica con el defecto en la conciliación previa el incumplimiento de otros presupuestos procesales que aun siendo subsanables pongan en peligro la acción judicial como la inadecuación de procedimiento y, en consecuencia quizás, la caducidad de la acción.

Sea cual sea la decisión del juez o de la Sala, no puede olvidarse la oportunidad de conciliación judicial que precede al juicio oral ante el letrado J y continúa en este acto ante el magistrado que, antes de las conclusiones, podrá suscitar como posibilidad (art. 85.8 LJS) y que no utilizada, inevitablemente lleva a concluir que la voluntad de las partes es someterse a la decisión judicial. Ni siquiera existe ya precepto legal que pudiera perjudicar al trabajador la satisfacción de su crédito laboral reconocido en conciliación judicial según el art. 33.2 ET. Pero la normativa vigente determina que el Juzgado de lo Social puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva a propósito de problemas relativos al trámite de la conciliación administrativa. La primera, decidiendo el archivo de la demanda y, por tanto, negando al actor el acceso a la jurisdicción, situación ésta que ha de oponerse siempre a los planteamientos que dentro de la doctrina del TC se agrupan bajo el canon *pro actione*⁴⁵³. La segunda, dictando sentencia sin entrar a resolver el fondo de la cuestión litigiosa con justificación en una apreciación de oficio de este defecto o, en su caso, con estimación de la excepción procesal deducida por la demandada en el juicio oral, sin haber retrotraído las actuaciones para posibilitar su subsanación. Soluciones ambas contrarias a un reconocimiento pleno y consecuente del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es cierto que cabe apreciar una progresiva y favorable evolución en la doctrina de los tribunales ordinarios, impulsada sobre todo por ese constitucional principio *pro actione*; no obstante, ello no ha impedido que aun hoy en día quepa apreciar restos de un modelo de enjuiciamiento demasiado burocrático o reglamentista, esclavo de las reglas del procedimiento, al tiempo que escasamente comprometido con ese orden público procesal que se construye desde el art. 24 de la CE.

453 STC 79/2015, F.J. 2º, por todas.

No obstante, y sin ánimo de rehusar el cumplimiento de la normativa procesal, cabe una solución más ambiciosa en orden a la satisfacción de los derechos básicos procesales enunciados desde el art. 24 CE. En este caso no se trataría únicamente de asistir el derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, evitando sentencias estériles, sino, asimismo, de asegurar un proceso sin dilaciones indebidas, cuando por tales podríamos considerar cualquier posposición de la solución final a costa de maniobras inconducentes o superfluas. Precisamente, podría plantearse si no merecería tal consideración un trámite como el conciliatorio, una vez las partes ya han accedido a la fase jurisdiccional y han desperdiciado la oportunidad conciliatoria que deben brindarles primero el letrado J, previamente al juicio oral, y en él, el propio Juzgador (art. 84.1 y 85.8 LJS, respectivamente). Incluso, en algunas de las modalidades procesales excusadas de conciliación previa -salvo que requieran el alternativo agotamiento de la vía administrativa o la reclamación administrativa - las partes pueden consolidar una avenencia en conciliación judicial. Las razones de sumiedad y preferencia que parecen haber llevado al legislador a decidir ciertas exclusiones pueden predicarse también de otros procesos, obligados al trámite, cuyo objeto exige también una pronta resolución. Asimismo la indisponibilidad de los bienes tutelados que justifica la salvedad de los procesos sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas se supera cuando la invocación de estos derechos se articula en demandas por despido, y por cualquier causa de extinción del contrato de trabajo, que han de pasar por la conciliación previa. También se ha destacado la excepción del art. 64.2. b) LJS que ayuda a debilitar la exigencia rigurosa del trámite. Con esta disposición el legislador sí parece dar prioridad a la celeridad y economía procesales, aunque en definitiva no se alcance a apreciar la diferencia entre unos procesos y otros salvo por la fase en que se encuentran cuando se descubre esa necesidad.

Debemos preguntarnos qué función y posibilidades de éxito puede lograr lo que se descubre como trámite meramente formal y superfluo cuando la contienda entre las partes es evidente y su voluntad de dotarse de una solución autónoma se ha demostrado por ellas rechazada. Si el interés tutelado con la decisión judicial de retroacción y subsanación, producto de una interpretación rigorista del precepto, pretende ser el derecho a no sufrir indefensión por la parte demandada, debiera despejarse primero en qué se concreta esa presunta indefensión. Por el contrario, considerando tanto la finalidad de este trámite como ciertas garantías constitucionales que incluye el derecho fundamental, a saber el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, no resulta un despropósito el concebir soluciones algo más flexibles. Justo en esta línea cabe situar a la STC 10/2001. El Alto Tribunal acabó por excusar el trámite de conciliación omitido por la actora en un proceso por despido. Sabido es que la LJS exceptúa del requisito de conciliación previa, entre otros, los procesos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas; ello no obstante, cuando la lesión al derecho fundamental se consuma por la empresa con la decisión extintiva de la relación laboral, la acción judicial que se ha de ejercitar en solicitud de la tutela es la prevista para la modalidad procesal de despido, y ésta no excluye el trámite de conciliación. Con estas previsiones legales, la trabajadora se resistió, incluso advertida de subsanación, a dar cumplimiento al trámite y, sin embargo, como se dice, el TC amparó su derecho a acceder a la jurisdicción y a obtener una sentencia de fondo sobre despido discriminatorio.

La posibilidad de conciliación judicial presente a lo largo de todo el proceso laboral con idénticas consecuencias⁴⁵⁴ para las partes que la previa, invitan a pensar en un futuro donde la conciliación administrativa pase legalmente de ser un requisito procesal más a regularse como

454 A salvo del acceso al FOGASA para la satisfacción de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, detalladas en el art. 33 del E.T., que exigen su reconocimiento en acta de conciliación judicial.

facultad al servicio de las partes enfrentadas. No obstante la LJS, en una línea contraria a las reflexiones anteriores, acentúa la obligatoriedad de asistencia de las partes al acto al posibilitar que la sentencia incluya una sanción pecuniaria por no acudir injustificadamente a aquél, así como la de imponer condena en costas por idéntico motivo si la resolución judicial que se dicte coincide esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación (art. 97.3 en relación con el art.75.4 y 66.3 LJS, respectivamente).

No resultan en absoluto peregrinas estas reflexiones cuando desde el propio Consejo General del Poder Judicial, recientemente, se han dedicado estas palabras a la conciliación: «Esta conciliación administrativa, pese a tener un indudable valor institucional, se ha venido convirtiendo en virtud de una regulación obsoleta e incompleta en un mero trámite, un registro burocrático de avenencias y no avenencias, un papel a sellar necesariamente antes de ir al juzgado, revelando uno de las peores caras de la realidad de la burocratización: que solo hay acuerdo cuando las partes ya lo habían logrado previamente, aprovechando la cita para la constitución del título, para perfilar lo acordado o formalizar aquello que ya habían pensado o decidido aceptar. Ante este panorama es conveniente que la conciliación administrativa tal y como la conocemos de paso a otros modelos activos, comprometidos, participativos y sobre todo eficaces, como es la mediación. Y es evidente también, porque lo que está en juego es el acceso a la justicia, que esta opción debe estar disponible para todos los conflictos laborales no excluidos por ley, con independencia del número de ellos y del territorio donde se encuentren»⁴⁵⁵.

D. Falta de reclamación administrativa previa o de agotamiento de la vía administrativa

La tradicional regulación conjunta de la conciliación («o mediación previas y de los laudos arbitrales» tras la LJS) y de la reclamación administrativa («del agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial», tras la LJS) previas al proceso de trabajo, bajo la fórmula «De la evitación del proceso», y su ordenación legal como sendos presupuestos preprocesales -o requisitos preprocesales-⁴⁵⁶ atinentes al elemento procedimental de aquél pero con claras implicaciones sobre su objeto, permite un tratamiento conjunto de ambos institutos. Sin embargo, una atención más precisa al papel que cumplen, a su génesis y a su repercusión sobre el derecho a obtener de los tribunales una sentencia sobre el fondo del litigio, aconseja otorgarles un estudio separado. Es cierto que en pura práctica forense y hasta el pasado 2 de octubre, el ejercicio de la acción concreta exigía atender simplemente al elemento subjetivo que sería demandado y al proceso a incoar para, una vez confirmada la exigencia del paso previo por uno de los trámites o por ambos, darles cumplimiento.

Pero cuando se trata de relativizar o superar obstáculos más o menos fundamentados que dificultan o impiden la sentencia de fondo, se hace necesario primero desenmascarar los expedientes desde que se implantaron y, a continuación, valorar hasta que punto su pervivencia en los términos que la ley los presenta se justifica –si es que alguna vez lo ha hecho- o simplemente es el resultado de una inercia legal desatendida a la que sólo en el caso concreto puede el justiciable,

455 *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, CGPJ, Madrid, 2016, p. 148.

456 DE NIEVES NIETO, N., *La Reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 136 y 137. Distinguía la reclamación previa en materia de seguridad social por cuanto ha sido elevada por el legislador a la categoría de presupuesto procesal (art. 139 LPL).

en amparo de su derecho fundamental, desarmar.

Los auténticos orígenes, evolución y motivaciones de este protocolo se ubican en su imposición al proceso civil, puesto que las reclamaciones judiciales sobre la relación laboral fueron en principio competencia de los tribunales de este orden. Por ello el establecimiento de este presupuesto pre-procesal en las normas reguladoras, primero de la jurisdicción especial de Trabajo, y después en el propio orden jurisdiccional social, no supuso sino el traslado de la misma exigencia que desde la norma sobre el procedimiento administrativo común ya venía afectando al proceso civil⁴⁵⁷. De las funciones que se han atribuido a la preceptiva reclamación previa puede predicarse su inutilidad o, al menos, su prescindibilidad, a la vista de una más que demostrada ineficacia, tal y como lo demuestra su reciente supresión en el art. 69 LJS a través de la Disposición Final Tercera, apdo. 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE 2 octubre), en vigor desde el pasado 2 de octubre, y se pone de manifiesto en su preámbulo. No obstante, se ha mantenido la específica para la modalidad procesal de las prestaciones de la Seguridad Social (art. 71 LJS).

En la LEC se suprimió toda mención a la reclamación administrativa previa⁴⁵⁸, sin que este extremo se mencione siquiera en su Exposición de Motivos, y aunque en virtud de su regulación en la derogada Ley del Procedimiento Administrativo Común (1992) podía exigirse como requisito previo al proceso civil, alegable como cuestión procesal («sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo», art. 416.1 LEC), la finalidad a la que sirvió –la evitación del proceso–, el detalle apuntado, así como la relativización de la que vino siendo objeto la interpretación de su cumplimiento por los tribunales, respaldó la exclusión de su control de oficio.

Autorizadas opiniones doctrinales desde hace mucho tiempo planteaban la conveniencia de hacer desaparecer esta exigencia, sugiriéndose su sustitución por un trámite conciliatorio y facultativo⁴⁵⁹. Se trata de superar la interesada e infundada tradición legal sobre la imposibilidad de que los entes públicos puedan alcanzar con el particular un acuerdo transaccional que evite

457 Sin perjuicio de ello, no está de más recordar que en materia de Seguridad Social «la institución de la reclamación previa comenzó a exigirse en los asuntos sobre Previsión Social desde 1940, cuando la competencia sobre tales litigios se atribuyó a las Magistraturas de Trabajo, ya que anteriormente pertenecía a la Jurisdicción Especial de Previsión, órganos administrativos cuasi-jurisdiccionales.» DE NIEVES NIETO, N., *La Reclamación...*, cit., p. 136.

458 Véase «La Reclamación previa en vía Administrativa tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», *Boletín Aranzadi Administrativo* num. 12/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003, BIB 2003\1449.

459 Se señalan algunas de ellas: «Así planteadas las cosas en el plano *de lege data*, la polémica en cuestión no tiene por qué enturbiar la discusión *de lege ferenda* en torno a la pertinencia y justificación material del requisito de la reclamación previa en los pleitos que los particulares promueven contra una Administración Pública. En este sentido, parece obligado reconocer que la exigencia actual del requisito dista mucho de ser indiscutible, supuesto que ya no cumple ninguna de las funciones a las que históricamente sirvió. Por otra parte, es igualmente obvio que su utilidad práctica en orden a evitar procesos inútiles es muy escasa, por no decir nula, al igual que ocurre con la propia vía administrativa de recurso, según ya anotamos, por lo que parece razonable postular su supresión o, cuando menos, su conversión en un instrumento meramente facultativo cuya utilización debe quedar al arbitrio del particular interesado». GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 694. Véase también, sin ánimo de exhaustividad, DE NIEVES NIETO, N., *La Reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 161-167 y QUINTANA LOPEZ, T., y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., «El derecho a la tutela judicial: Reclamación administrativa previa y principio “pro actione”». A propósito de la STC 12/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 12)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 3/2003, pp. 19 y ss.

el proceso⁴⁶⁰, como lo corrobora el hecho de que la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contemple esta eventualidad (art. 77)⁴⁶¹.

La Constitución de 1812 impuso por primera vez la conciliación previa como requisito para incoar un proceso ante los tribunales («sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación no se establecerá pleito alguno», art. 284). Esta exigencia nunca había afectado, ni llegó a hacerlo a los pleitos en que fuera parte un ente público. Sin embargo, a partir de ella y aún cuando se excluyó después de forma legal y expresa para la administración pública, unida a «un triple orden de necesidades históricas» (primera mitad del siglo XIX) a saber, «la garantía administrativa de la operación desamortizadora»⁴⁶², «el privilegio de inembargabilidad y la regularización presupuestaria de los entes locales»⁴⁶³, y el propio problema financiero en la Administración del Estado⁴⁶⁴ hicieron surgir la reclamación previa. Era preciso demorar mediante un trámite administrativo la judicialización de cuestiones como el cobro de créditos frente a entes públicos. Y tanto la excepción a la conciliación previa como la lucha por el principio del acto previo sirvieron de fundamento técnico para aquélla⁴⁶⁵.

Así que la auténtica razón que justificó la génesis de la reclamación previa se ubica «en la constante pugna de la Administración por implantar, en sus relaciones con el poder judicial, el principio del acto previo». Igual que en sus orígenes (1845), la intervención como parte de la Administración en el proceso civil no se sometía a un acto o reclamación previa. En su primera versión, el proceso contencioso-administrativo se ajustaba al pleito *inter partes* y «no estaba en modo alguno condicionado al pronunciamiento de una decisión previa del órgano activo sobre el objeto de la litis». Podía haber acto previo o no, pero que antes del proceso exista alguna manifestación de la voluntad administrativa no convierte necesariamente al proceso en revisor⁴⁶⁶.

460 «Por Decreto de las Cortes de 18 de mayo de 1921 se exceptuaron del requisito de la conciliación los litigios en los que aparecieran como parte “la Hacienda pública, los municipios, los establecimientos de beneficencia y, en general, las corporaciones civiles de carácter público”, regla posteriormente refrendada por el artículo 21-1 del reglamento provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835. El fundamento de esta excepción se hallaba, como es sabido, en la concepción de la conciliación como un negocio transaccional, que exigía la capacidad jurídica plena para enajenar (conforme a la antigua regla *transigere est alienare*). El *beneficium minor aetatis* de que tradicionalmente venían gozando los entes públicos les impedía el acceso a la transacción y, por ende, hacía inútil el trámite de conciliación». SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», *RAP*, 1975, nº 77, pp. 100-101.

461 Como señalara ALONSO OLEA, M., «la verdad es que, dicho de una vez, la Administración transige a través de la estimación de reclamaciones y recursos; lo que explica el escasísimo uso que se hace del procedimiento formal para la transacción administrativa, cuando, si se atendiera a la enorme cantidad de intereses y derechos afectados por la actividad administrativa, debiera estar continuamente en juego.» *La reclamación administrativa previa*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, Sevilla, 1961, p. 20.

462 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Sobre el origen...», cit., pp. 86-92.

463 *Ibidem*, pp. 92-96.

464 *Ibidem*, pp. 96-99.

465 «Esta exención del trámite conciliatorio fue hábilmente manipulada, anunciando la Real Orden de 9 de junio de 1847 que la vía gubernativa previa actuaría como sustitutivo de la conciliación (aunque en los escasos antecedentes que existen de las normas en las que se apunta la reclamación previa no hay sombra de alusión al acto de conciliación), recabando, por tanto, para aquélla la legitimidad y el prestigio de una institución amparada en la ya mítica Constitución gaditana, en cuyas resonancias judicialistas se confiaba como medio de acallar las protestas de los Tribunales.» *Ibidem*, p. 101.

466 *Ibidem*, pp. 103-104.

Es obvio que estos datos históricos privan de todo fundamento jurídico al instituto de la reclamación previa en sus orígenes, y aunque posteriormente se le hayan asignado nominalmente funciones en su defensa que han servido hasta hace poco para justificar su legalidad, el examen de las mismas permite como mínimo poner de manifiesto que en muchos expedientes administrativos cuyo desacuerdo acaba por judicializarse quedan sobradamente cumplidas esas finalidades sin necesidad de la reclamación previa y del mismo modo en no pocos casos sin el agotamiento de la vía administrativa.

La obligación de formular reclamación administrativa previa a la demanda social, como cualquier otro requisito o condición legal para el acceso a la justicia debía sostenerse en la defensa de intereses constitucionalmente protegidos. Estos intereses se identificaron durante mucho tiempo con el encargo constitucional a la Administración Pública de un conjunto de tareas y funciones que requieren una especial regulación «correspondiendo a la ley la fijación de las condiciones que hagan posible tanto el cumplimiento de tales tareas como la garantía de los derechos de los ciudadanos. No corresponde al T. C. fiscalizar o revisar la fijación de esas condiciones en tanto no atenten a los límites que derivan de los preceptos constitucionales. En este caso, y como ya se indicó, no aparece vulnerado el derecho a la tutela judicial, que se mantiene incólume, si bien condicionado en su ejercicio al cumplimiento de un requisito previo, sin que tal condición resulte de cumplimiento imposible o extremadamente dificultoso, y por ello, de hecho, denegadora en la práctica de la tutela judicial»⁴⁶⁷. La indefinición del texto transcrito es palpable y también lo es que este trámite previo que ha condicionado el acceso al proceso y, por tanto, el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que aún lo hace en materia de prestaciones de la Seguridad Social, obstaculiza en cierto modo su satisfacción. La garantía constitucional de disponer de un proceso sin dilaciones indebidas queda afectada por este expediente, y las consecuencias legalmente previstas para el caso de que la reclamación previa o el recurso correspondiente y posterior demanda no respeten la vinculación o identidad exigida, alcanzan suficiente relevancia –tanto más en el proceso social donde no es preceptiva en la instancia la asistencia técnica- como para atender a los intereses que el legislador y los tribunales han defendido y que, en definitiva, coinciden con las finalidades que se le asignan.

El TC atribuyó a la reclamación previa la función a la que precisamente le corresponde y correspondía su regulación procesal social: evitar el proceso, por cuanto, a través de ella, la Administración conoce la pretensión del administrado y puede satisfacerla sin necesidad de que se inicie un proceso: «De modo específico, por lo que concierne a la exigencia de la reclamación previa a la vía judicial este Tribunal ha declarado que tal requisito procesal, en rigor carga procesal del demandante, resulta compatible con el art. 24.1 CE, pues, pese a tratarse de una dificultad en el acceso a la jurisdicción ordinaria, que además en ningún caso se ve impedida, se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional; siendo la finalidad de dicho presupuesto la de poner en conocimiento de la Administración pública el contenido y fundamento de la pretensión, dándole la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial (por todas, SSTC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 5; 108/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 12/2003, de 28 de enero, FJ 5;y275/2005, de 7 de noviembre, FJ 4)»⁴⁶⁸.

467 STC 21/1986, F.J. 2º.

468 STC 300/2006, F.J. 3º. Véase QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El derecho a la tutela judicial efectiva: Reclamación administrativa previa y principio “pro actione”», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 3/2003 parte Estudio*, Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003\425), que comentan la STC 12/2003.

Tan loable cometido podía y puede perder su significación, también para otros recursos administrativos, por dos motivos. En primer lugar, tal y como viene reiterando el propio TC, por ser administrado por los tribunales en quebranto del principio *pro actione*. Así ocurre cuando en ausencia de su acreditación, cumplimiento o defectuosa articulación y no habiéndose auspiciado su subsanación *ex art. 81 o art. 140 de la LJS* el proceso culmina con sentencia meramente procesal o, peor aún, como empezó, con auto de archivo definitivo de la demanda. El segundo motivo es el resultado de la más que comprobada frecuencia desestimatoria de la reclamación o recurso, en muchos casos además, por silencio administrativo, cuando no por resolución expresa. Si los consiguientes procesos demostrasen la legalidad de la actuación administrativa podría justificarse su recurrente y legítima utilización –especialmente en relación con la desestimación tácita de la reclamación–, pero el éxito judicial de muchas pretensiones del administrado, ha evidenciado la inutilidad de este trámite previo.

Se ha asignado también a la reclamación previa la bondad de posibilitar a la Administración un examen más profundo de los hechos que fundamentan la pretensión y con ello optimizar la preparación de su defensa para el juicio⁴⁶⁹, argumento que no es sino una muestra más del conjunto de prerrogativas que a este Poder del Estado se le reconocen. Sin embargo, no por obvio y meta-jurídico debe despreciarse un dato que lo debilita al máximo. En las distintas Administraciones las reclamaciones administrativas y los recursos administrativos se resuelven expresa o tácitamente por Cuerpos distintos a los de los Letrados de sus Servicios Jurídicos o Abogados del Estado; de hecho los últimos no conocen los expedientes hasta que se judicializan⁴⁷⁰, por lo que su oportunidad para preparar la oposición es la misma que si no existiese el repetido trámite. A esto puede añadirse que la mantenida práctica de desestimar la reclamación u otro recurso administrativo mediante silencio administrativo y, por tanto y necesariamente, sin motivación alguna restringe, que no facilita, las posibilidades antagónicas de la administración demandada en el juicio oral, puesto que la congruencia legalmente exigida entre la reclamación previa y la demanda también vincula a sus respectivas contestaciones (art. 72 LJS)⁴⁷¹, sin olvidar además que la práctica del silencio le impediría reconvenir (art. 85.3 LJS).

Se dice que la Administración pública, en su sentido más amplio, puede considerarse la mayor empresa del país, y aunque en los algo más de tres millones de empleados públicos alcanzados se incluye un importante número de funcionarios de carrera cuya conflictividad individual–con alguna excepción– y colectiva se solventa por los tribunales contencioso-administrativos, la cifra permite

469 STS de 18 de marzo de 1997 (RCUD núm. 2885/1996), F.J. 4º.

470 Ya hace casi tres décadas que destacara este dato JIMENEZ APARICIO, tal y como lo recogió GONZALEZ VELASCO, J., *Conciliación y reclamación previas en lo laboral*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 50 y 51: «Dice JIMENEZ APARICIO, Abogado del Estado, que *de facto* al defensor de la Administración no se le da normalmente traslado de la RP por parte de la Administración activa, sino que sólo la conoce una vez presentada la demanda al serle remitido por el Organismo Gestor de la Administración el expediente administrativo que se hubiera formado. Y dice también que tampoco la conoce la –actualmente– Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y que la necesidad de consulta a éste, que se fundaría en la conveniente unidad de criterio para la defensa del Estado, ha sido eliminada por una simple Circular de la –entonces– Dirección General de lo Contencioso de 25 de junio de 1957, en la que se afirma que las consultas a la Dirección en juicios laborales y las instrucciones de ésta “no serán obligatorias en ningún caso”».

471 «En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.» (art. 72 LJS).

deducir el notable volumen de pleitos que entre los trabajadores y sus empleadores públicos se tramitan a diario. El conflicto individual derivado de su relación obligatoria laboral se ha venido sometiendo para su judicialización, con alguna excepción (art. 70 LJS) a la previa presentación de una reclamación administrativa (art. 69 LJS), tal y como al trabajador del sector privado se le impone con carácter pre-procesal un intento de conciliación con su empleador. Sin embargo, los plazos asignados a este desaparecido trámite administrativo y a su resolución –donde adquirirían relevante importancia los términos que determinaban el silencio administrativo- atrasaban de forma destacable la incoación del proceso para el trabajador -más aún si lo comparáramos con el trámite previo de la conciliación- y, en consecuencia, el propio proceso para su resolución.

Las mismas razones pueden aplicarse a la específica reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social. Sus extensos plazos, excepción hecha de las impugnaciones de altas médicas- para interponerla, para resolverla y para demandar, retrasan también de forma acusada la incoación del proceso y su resolución. La importante litigiosidad en materia de prestaciones de Seguridad Social, especialmente sobre incapacidad permanente, determinación de la contingencia y desempleo, sufre las mismas consecuencias. Es claro que la deferencia del legislador para diferir los pagos prestacionales se mantiene con la Caja de la Seguridad Social, con el SEPE y con las colaboradoras.

a) La inclusión del agotamiento de la vía administrativa, la desaparición de la reclamación previa genérica y el mantenimiento de la conciliación administrativa. Desde la publicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴⁷² que a través de su D.A. Tercera dio nueva redacción a los artículos 64, 69, 70, 72 y 73 de la LJS en su regulación sobre la *evitación del proceso*, sorprendió el nuevo panorama que entraría en vigor el pasado 2 de octubre.

La LJS al ampliar el ámbito competencial objetivo de los tribunales sociales con los apartados n) «En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional» y s) «En impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3», del art. 2 y configurar la correspondiente nueva modalidad procesal *Del procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales* (arts. 151-152), hubo de acomodar los arts. 69, 70, 72 y 73 para añadir a la reclamación administrativa previa el agotamiento de la vía administrativa, con remisión a la normativa del procedimiento administrativo aplicable.

472 BOE núm. 236, de 2 de octubre.

De este modo, hasta la entrada en vigor en este aspecto de la LPACAP, durante aproximadamente los últimos cinco años el panorama sobre trámites preprocesales para demandar a entes públicos ha sido el siguiente⁴⁷³:

- Interposición de los recursos administrativos de la LRJAP-PAC para agotar la vía administrativa (alzada y/o potestativo de reposición, normalmente) e iniciar la modalidad señalada.
- Interposición de la reclamación administrativa previa a la vía judicial laboral en tres casos:
 - a. Para demandar a la administración en el ejercicio de poderes públicos distintos a la acción protectora de la Seguridad Social.
 - b. Para demandar a la Administración institucional de la Seguridad Social y a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social en materia de acción protectora.
 - c. Para demandar a cualquier ente de naturaleza jurídico-pública cuando actuaba como empleador.

Por su parte, las excepciones a la conciliación o mediación previas (art. 64 LJS) y a la reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa (art 70 LJS, en texto anterior) corrían casi parejas. Así que, como se ha dicho, ciñéndonos a los conflictos individuales derivados del contrato de trabajo y a los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo, el trabajador utilizaba una vía u otra -o ambas de implicar conjuntamente a ente privado y público- según la naturaleza de su empleadora y siempre que la pretensión no fuese una excepción a la vía correspondiente.

Es bien conocido el fragmento del «Preámbulo» de la de la LPAC que justifica la supresión de la reclamación administrativa previa: «De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas» y su correspondencia con una reivindicación doctrinal ya antigua y también mantenida. Pero sincera y modestamente, creo que el mismo «pregón» podría haberse aplicado a los tradicionales recursos administrativos que agotan la vía administrativa. La doctrina administrativista dedicó el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo a «Las vías administrativas de recurso a debate» y de entre sus Actas pueden extraerse importantes reflexiones y conclusiones sobre este tema⁴⁷⁴:

- A excepción de la suspensión automática de los efectos del acto administrativo sancionador (art. 98.1 b) LPACAP), de la innecesariedad de agotar la vía administrativa para demandar la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 115.1 LRJCA y 70 LJS) y del cómputo del plazo de prescripción de la sanción desde que finalice el plazo de desestimación

473 HERNÁNDEZ VITORIA, M^a J., «Trámites preprocesales en el ejercicio de acciones judiciales contra órganos públicos en el proceso laboral», *Revista de Información Laboral*, N^o 2, Lex Nova, Valladolid, 2016.

474 BAÑO LEÓN, J.M., «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español», *Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, INAP, julio de 2016, pp. 647-673.

presunta del recurso de alzada interpuesto (art. 30.3 párrafo 3º LPACAP), la Ley 30/1992 y la Ley 39/2015 han mantenido la misma regulación del recurso administrativo.

- La doctrina española reclama hace al menos cuarenta años un recurso potestativo que resuelva un órgano independiente funcionalmente de la Administración que ha dictado el acto.
- «La situación actual del recurso administrativo es desoladora». La determinación de la decisión sobre si el acto agota la vía administrativa y puede ser impugnado jurisdiccionalmente, «depende de la voluntad del gobierno de cada comunidad autónoma o del estado».
- El recurso de alzada retrasa el acceso a la jurisdicción y lo obstaculiza. Así mismo, la mayoría se desestiman. El potestativo de reposición también tiene muy poca utilidad.
- La interposición del recurso administrativo debiera tener efecto suspensivo porque lo contrario carece de sentido jurídico y lesiona la tutela efectiva. Además, ni mejora la garantía del particular ni propicia el autocontrol administrativo (la regla en los países de nuestro entorno es que si es obligatorio, tiene efectos suspensivos).
- La única justificación de su obligatoriedad, sin efectos suspensivos, es la conveniencia de la Administración y su inercia «autoritaria».

El caso es que el número de empleados públicos con vinculación laboral es numeroso, como lo son los conflictos por ellos judicializados, y para este colectivo el acceso al proceso ahora es directo siempre, sin trámite pre-procesal alguno. Sin embargo, para el empleado privado se mantiene la preceptiva conciliación administrativa previa, a salvo de las excepciones del art. 64 LJS. No pueden obviarse las palabras dirigidas a ella por el CGPJ. Sin necesidad de mayor análisis, es evidente la distinta posición en la que queda el empleado privado respecto al del sector público. Se dificulta el acceso al proceso a los primeros sobre los mismos conflictos que los segundos tienen vía directa a la demanda y encima previo reconocimiento por legislador de la inutilidad práctica demostrada de los recursos administrativos, por más que se refiriese a las desaparecidas reclamaciones administrativas previas.

Además, en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas se dispone que cuando la tutela debe tramitarse a través de ciertas y otras modalidades procesales, se hará respetando las reglas y garantías específicas de aquella y citando como parte al Ministerio Fiscal -art. 178 LJS-. La tutela debe realizarse «necesaria e inexcusablemente» a través de sus correspondientes modalidades en los siguientes casos -art. 184 LJS-: despido, cualquier otra causa de extinción del contrato de trabajo, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, fecha de disfrute de vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos de los sindicatos o su modificación, movilidad geográfica, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, impugnación de convenios colectivos e impugnación de sanciones.

Y de todas ellas, la de despido, cualquier otra causa de extinción del contrato de trabajo -lo que incluye la solicitud de extinción causal *ex* art. 50 ET que se tramita a través del proceso ordinario- e impugnación de sanciones, no están excluidas de la conciliación o mediación previas -art. 64-.

Este dato incrementa aún más la distancia en el acceso al proceso entre empleados privados y públicos. A este respecto, la publicación de la STC 149/2016 próxima a la entrada en vigor de la supresión de la reclamación administrativa previa sugería reflexiones y propuestas. Aunque relativa a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho de acceso al recurso, recuerda y aplica la «llamada tesis integrativa, enderezada a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral». Utiliza como «soporte argumental» la doctrina contenida en su STC 257/2000 en la que argumentaba que «La modalidad procesal laboral de tutela de derechos fundamentales presenta una serie de singularidades orientadas genéricamente a procurar una más eficaz protección jurisdiccional de aquéllos en diversos aspectos, integrando las distintas manifestaciones de los principios de preferencia y sumariedad que lo inspiran (arts. 64, 70, 177.1, 179.1 y 3, 178 LPL), la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 175.3 LPL), la referencia expresa a la prueba indiciaria (art. 179.2 LPL), la viabilidad en cualquier caso del recurso de suplicación [art. 189.1 f) LPL], la inmediata ejecutividad de la Sentencia (art. 301 LPL) y, en fin, la posibilidad de que el Sindicato intervenga como coadyuvante, según se viene repitiendo. Estas singularidades procesales no aparecen expresamente previstas para el resto de las modalidades que, según la materia objeto de la pretensión, deban servir de cauce a otras demandas en las que eventualmente se alegue también la lesión de un derecho fundamental...».

Con esta interpretación el Tribunal Constitucional otorgó legitimación al Sindicato para actuar como coadyuvante en el proceso de despido de su Delegado sindical, donde se discutía la conducta empresarial extintiva como potencialmente lesiva del derecho fundamental a la libertad sindical -art. 28.1 CE-. Y es que esta posibilidad prevista en el art. 175. 2 LPL (hoy art. 177.2 LJS) debe entenderse aplicable a otras modalidades procesales, en ese caso, a la de despido por cuanto en virtud del art. 182 LPL (hoy art. 184 LJS) al trabajador no le quedaba más opción que demandar la tutela del derecho fundamental a través del proceso por despido (FJ 5º). Obsérvese que entre las diversas manifestaciones de los principios de preferencia y sumariedad que deben servir de cauce a otros procesos en que también se alegue lesión inconstitucional se incluyen los artículos 64 y 70 de la actual LJS. La doctrina sobre «exportabilidad de las garantías», el «efecto migratorio de las reglas y garantías del procedimiento» o «la llamada tesis integrativa, enderezada a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral» permite pensar en una posible reforma que amplíe las excepciones del art. 64 LJS a los despidos extinciones del contrato e impugnación de sanciones impuestas por el empleador cuando se pida en ellos la tutela de derechos fundamentales.

Suprimida la reclamación previa, es poco probable que se produzca un error en la utilización de una u otra fórmula de evitación del proceso. Cuando ocurría solía concluir sin consecuencias lesivas al derecho fundamental por haber arraigado en la mayor parte de nuestros tribunales superiores los principios de proporcionalidad y justicia que atienden más a la satisfacción del intento y posibilidad para las partes de evitar el proceso que a la propia idoneidad del trámite empleado pero, aún así, es indudable que incluso hoy el uso de la conciliación, siendo innecesaria o de una reclamación o recurso no instruido por la administración, puede poner en peligro la acción. La caducidad está muy presente en el proceso social.

En otros momentos el TC⁴⁷⁵ se ocupó de esta cuestión. Otorgó el amparo a un trabajador al que tanto el Juzgado como la Sala de suplicación declararon su acción de despido caducada por haber

475 STC 172/2007.

tramitado conciliación en lugar de reclamación previa a la demanda, siendo este último el trámite previsto en la legislación aplicable sobre cooperativas. La Sala Cuarta del TS también tuvo que decidir sobre este tipo de situaciones⁴⁷⁶. En aquel momento obviando su propia doctrina unificada anterior consideró que la conciliación –vía indebida- no suspendía el plazo de caducidad por despido, así que el trabajador perdió su tutela. Posteriormente, debió recordar el criterio sentado y reiterado a alguna Sala de suplicación⁴⁷⁷. Admitió, en lo que calificó de «*casos excepcionales*» o «*supuestos muy particulares*», la desproporción de entender caducada la acción por error en el trámite empleado cuando concurren tres elementos:

- a) Que conste la voluntad impugnatoria del trabajador, lo que sucede con la presentación de la papeleta de conciliación.
- b) Que la empleadora tenga conocimiento con anterioridad a la demanda, de esa papeleta.
- c) Que no se haya indicado al litigante la vía impugnatoria oportuna. Pero es que incluso aquellos tribunales que exigían con rigor y sin excusas el expediente debido no debían olvidar que ambas fórmulas constituían cuestiones procesales siempre subsanables, y que la regla de subsanabilidad, en especial al servicio del principio *pro actione*, se mantiene en la cúspide de la doctrina constitucional en defensa de la tutela judicial efectiva.

En todo caso y como ocurre con la reclamación previa sobre Seguridad Social es probablemente la conexión o congruencia entre el recurso administrativo y posterior demanda la exigencia legal que, consecuencia de este requisito, mayores perjuicios deriva al administrado, en tanto que la fiscalización de su riguroso cumplimiento puede y de hecho, muchas veces, deriva en una limitación de la cognición y de la decisión judicial. Es cierto que formalmente el acto administrativo previo expreso no siempre existe –lo que concedía un relevante papel a la reclamación o recurso administrativo- pero, al igual que en el ámbito privado, la acción del trabajador constituye casi siempre una reacción en ejercicio de un derecho cuya recíproca obligación está siendo obviada o irregularmente cumplida por su empleadora pública. Además, con frecuencia, si no se articulaba previamente una petición denominando al escrito reclamación previa, sí precedía a la acción una solicitud donde se ponía de manifiesto la pretensión o pretensiones del trabajador frente a su administración empleadora. Con ello, la administración no era sorprendida y veía satisfecha la ocasión de evitar el proceso. Está claro que la carga de la reclamación previa ha asistido a la administración en el incumplimiento de ciertas obligaciones en su papel de empleador, incluso de forma definitiva, por los mecanismos de la prescripción y de la caducidad, así que debe celebrarse su supresión. No obstante no han faltado momentos de incertidumbre sobre su desaparición o su sustitución por el recurso alzada⁴⁷⁸, al punto de que la Abogacía del Estado en su Comunicación Laboral 67/2016 concluyó que «...toda demanda frente al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, fundada en derecho laboral, deberá interponerse directamente ante

476 Sentencia de 28 de junio de 1999 (RCUD núm. 2269/98) dictada en Pleno (y con un Voto particular).

477 Sentencia de 6 de octubre de 2005 (RCUD núm. 4447/2004).

478 FALGUERA BARÓ, M.A., «La Ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaboralismo por el Derecho Administrativo», *Revista electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*, Nº 2, IUSLabor, 2016. PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15 de 1 de octubre y su impacto en el proceso laboral», *Revista de Informació Laboral* núm. 10, Aranzadi, Cizur Menor, 2016. GARCÍA GIMÉNEZ, M., «¿La reclamación administrativa previa desaparece o sólo se «transforma»?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 405 (diciembre 2016), CEF, Madrid.

los órganos de la jurisdicción social dentro de los plazos de prescripción o caducidad que en cada caso corresponda, sin necesidad de cumplimentar ningún requisito preprocesal».

b) Reclamación previa en materia de Seguridad Social. El art. 71 LJS. Mientras esta reclamación ha convivido con la «genérica» podía afirmarse que existían varios factores que en cierto modo las diferenciaba en su eficacia práctica. Por una parte, la denunciada frecuencia de su desestimación mediante silencio administrativo dejó de predicarse en general respecto a las entidades de gestión de la Seguridad Social y sus colaboradoras las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social porque hace décadas que fueron abandonando esta práctica administrativa. Así que en este ámbito y en la actualidad se trata de una excepción. Por otra, el mandato de subsanación del requisito o presupuesto que el legislador dirige al tribunal -hoy función del letrado de la administración de justicia- en el art. 140.2 LJS elevó, a criterio de la doctrina, a esta reclamación al rango de auténtico presupuesto procesal⁴⁷⁹ como se ha dicho, lo que legitimaría en principio al tribunal social a su control de oficio en todo caso, incluso en ausencia de la alegación de excepción procesal por la gestora y/o por la colaboradora demandadas.

Asimismo el art. 71.4 LJS -tras reformarse la redacción de todo el precepto por la Ley 24/2001- dejó restringido el valor de reclamación previa únicamente a las solicitudes del interesado para que se dicte acuerdo o resolución en materia de seguridad social cuando la gestora esté obligada a proceder de oficio, quedando el resto de expedientes -que son la gran mayoría- en caso de ausencia de resolución inicial, sometidos a la interposición de reclamación previa. No obstante, a pesar del contenido de la norma, cabía dudar del valor que el TC asignaría al escrito en solicitud de resolución expresa seguido de la demanda no mediando otro denominado reclamación previa cuando de expedientes tramitados a instancia de parte se trata, por más que la situación resulte poco común. Otro aspecto relevante del precepto señalado es su último inciso: «Del mismo modo podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma». Antes de que se incluyese esta previsión la caducidad de la vía administrativa en los expedientes sobre prestaciones de Seguridad Social discurría por dos posibles vías:

1. Si la resolución reconocía el derecho a la prestación solicitada y se dejaba transcurrir el plazo de treinta días hábiles para interponer la reclamación administrativa previa al objeto de discutir uno o varios aspectos del derecho reconocido, la resolución adquiriría condición definitiva en todos sus extremos y una «suerte de firmeza» que hacía inviable su reconsideración jurisdiccional.
2. Si la resolución no reconocía el derecho solicitado y la reclamación no se interponía en plazo el interesado no podía sino iniciar el expediente desde el principio, con una nueva solicitud y formular esta vez en tiempo en forma reclamación administrativa previa y posterior demanda. En esta situación lo más habitual es que el segundo expediente se hubiese incoado ya fuera del plazo reglamentario con lo que aún no habiendo prescrito el derecho, los efectos económicos sólo se retrotraerían a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, según la prestación. Con ello la prestación en su caso reconocida seguramente en sentencia había perdido parte de su contenido económico, si no todo. Retomando la previsión legal del art. 72.4, con ella, y en los dos casos anteriores puesto que la norma no distingue, el

479 DE NIEVES NIETO, N., *La reclamación...*, cit., p. 49.

beneficiario puede reiterar la reclamación previa, si no ha prescrito el derecho. No obstante, los perjuicios irrogados al contenido económico, de ser reconocida la prestación, tampoco se eluden puesto que la norma se refiere expresamente a los efectos económicos que proceda dar a la misma.

La concesión legal contemplada para salvar la caducidad de la vía administrativa admitiendo una segunda reclamación previa se pone al servicio del beneficiario de la Seguridad Social y no de otros sujetos interesados en el expediente. Las Mutuas Colaboradoras han intentado hacer uso de ella para eludir su responsabilidad prestacional⁴⁸⁰ pero la Sala Cuarta mantiene la doctrina que adoptó en sus Sentencias dictadas en Sala General de 15 de junio de 2015 (RRCUD núms. 2648 y 2766/2014)⁴⁸¹ según la cual la previsión «referida sustancialmente a los beneficiarios de las prestaciones y a su derecho al reconocimiento de las mismas, pero no alcanza a supuestos, como el enjuiciado, totalmente ajeno a dichos condicionantes, pues en él no se insta un reconocimiento del derecho a una prestación (o a los elementos de la misma) por su beneficiario, sino que lo pretendido es la extinción de una obligación impuesta por la resolución administrativa firme por quien además no tiene la condición de beneficiario, como es el caso de una Mutua de Accidentes, en quien, a diferencia del beneficiario, no se puede suponer o intuir que tenga dificultad en el conocimiento y defensa de sus intereses en la materia de Seguridad Social que constituye el objeto de su actividad».

Es precisamente en el campo de la acción protectora de la Seguridad Social donde más puede sorprender el rigor con que legal y judicialmente se exige la reclamación. La posibilidad de satisfacer la petición del administrado extrajudicialmente y el factor sorpresa -del que se quiere proteger en este caso a la Administración Institucional de la Seguridad Social y a las Mutuas Colaboradoras- quedan garantizados atendiendo simplemente a la circunstancia de que para el acceso a la mayoría de las prestaciones debe articularse ante la entidad competente una documentada, y cada vez más exhaustiva, solicitud. De hecho la reclamación previa puede en algunos casos convertirse en un «peligro» para el justiciable que no ha sido dirigido en estos trámites por un operador jurídico porque sus términos delimitan la ulterior pretensión procesal. Son múltiples los aspectos en torno a la prestación postulada que pueden perjudicarla, y sólo una la oportunidad judicial para su revisión. Lejos de relativizarse el cumplimiento del trámite administrativo, parece consolidarse si atendemos a la exigencia de su interposición también frente a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social para demandarles impugnando sus actos relativos a altas en procesos de incapacidad temporal⁴⁸², pleitos estos cada vez más numerosos y cuya atención ha sido satisfecha por la LJS (arts. 71 y 140), estableciendo como única excepción a la reclamación previa la impugnación de altas médicas decididas al agotarse el plazo de 365

480 BLASCO PELLICER, Á., «Reclamación administrativa previa: últimos pronunciamientos jurisprudenciales antes de su parcial desaparición», *Trabajo y Derecho*, 22/2016 (octubre), Wolters Kluwer.

481 Reiterada en STS de 9 marzo de 2017 (RCUD núm. 1816/2015) y otras también recientes citadas en ella. Doctrina y Sentencias citadas en este Capítulo, al recordar el significado de la «caducidad de la vía administrativa».

482 Véase STSJ Madrid de 16-5-2005 (Rec. núm. 716/2005). Hoy las previsiones normativas son inequívocas: «... la reclamación previa se interpondrá, en el mismo plazo, ante la propia entidad colaboradora si tuviera atribuida la competencia para resolver...» (art. 71.3 LJS) y nueva redacción del art. 68.7 de la LGSS (Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social): «Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad».

días de IT, reduciendo los ya clásicos plazos a once días para la reclamación previa, a siete en relación con el silencio administrativo y a veinte días, para demandar.

La vinculación exigida en el art. 72 LJS que prohíbe a las partes introducir en la demanda variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueron objeto del procedimiento administrativo salvo para hechos nuevos o que no pudieron conocerse antes, limita la cognición y decisión judicial a sólo los extremos coincidentes. Así que el defecto de motivación de la resolución administrativa expresa habría de restringir a ella las excepciones materiales que conformen la oposición en el juicio oral. El planteamiento de fundamentos fácticos y peticiones nuevas y distintas en la demanda en relación con la reclamación o recurso, recibe, en términos generales, el mismo tratamiento que cuando tal caso se produce entre conciliación administrativa y su ulterior demanda. Sin embargo, contamos con pronunciamientos del TC que interpretan la exigencia en términos sumamente flexibles. Es en materia de Seguridad Social, donde con mayor frecuencia se pone de manifiesto esta situación, y del estudio de las decisiones emitidas sobre los predecesores del art. 143.4 LJS, puede deducirse cierta disparidad de criterios. El TC en su Sentencia 15/1990 (FJ 4º) fue claro y tajante en su argumentación: «cierto es que la reclamación administrativa previa presentada por la demandante de amparo no era muy explícita en los motivos de oposición a la resolución administrativa que se trataba de impugnar. Pero lo es más que indicaba bien a las claras su desacuerdo con la normativa que se le había aplicado y con el contenido de la resolución administrativa, y que expresaba sin duda una pretensión de que le fuera aumentada la había tenido en cuenta. Desde esta clara perspectiva no había, pues, obstáculos para entender que la demanda posteriormente presentada ante la jurisdicción, redactada ya de una forma técnica y con asistencia de Letrado (a diferencia de la reclamación previa), no hacía más que especificar y detallar los motivos de oposición genéricamente aludidos en el escrito anterior; y que, por ello mismo, el examen de fondo de esa demanda no habría *limitado* las posibilidades de defensa de la Entidad Gestora (finalidad perseguida por el art. 120 de la L.P.L.), puesto que ya estaba al tanto de esa reclamación. No se trata, por tanto, de «hechos distintos», como prevé el art. 120 L.P.L., sino de una sola pretensión referida a una misma materia -la cuantía de la pensión- como lo acredita el examen total del supuesto».

El Tribunal descendió a la posición del beneficiario que para acceder a su pensión, de cuyo reconocimiento no dudaba, debió de cumplimentar primero una minuciosa solicitud, así que cuando comprobó la cuantía calculada mostró su disconformidad, sin más con el instrumento que se le indicaba, y sólo cuando hubo de acudir a los tribunales se puso en manos letradas que lógicamente con razón en un expediente muy concreto ya existente que manejaba la entidad gestora especificó, detalló y enunció con corrección los fundamentos de la petición. Este caso es un claro ejemplo de cómo la reclamación previa deja de ser una fórmula de evitación del proceso y se convierte en un peligro para el administrado que beneficia a la administración y que obligó al beneficiario, en su momento, a acudir hasta el TC para ver tutelado su derecho a la pensión.

El alcance de la restricción otorgado por el TS ha sido tardío, cuando es la parte actora quien ha denunciado su vulneración. La escasa motivación de las resoluciones expresas de las entidades de gestión, y la práctica del silencio administrativo, daban oportunidad al demandante -casi siempre en pleitos sobre reconocimiento del derecho a prestaciones- para aducir que algunos hechos que fundamentaban la oposición de la administración demandada en el juicio oral, se alegaban por primera vez, sin haberse mencionado en ninguna de las resoluciones administrativas.

Referente en esta cuestión fue el pronunciamiento de la STS de 28-6-1994 (RCUD núm. 2946/1993) dictada por la Sala General. En el supuesto por ella resuelto el INSS había denegado la prestación de incapacidad permanente por considerarse no invalidantes las dolencias presentadas, ampliando en el juicio oral su resistencia con un nuevo hecho referido al requisito de alta⁴⁸³. La Sala Cuarta, que calificó esta condición como hecho constitutivo, recordaba que la ausencia de un hecho de esta naturaleza puede ser apreciada por el Juez si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada al igual que sucede con la existencia de hechos impeditivos y extintivos, y ello porque el principio de legalidad impide a los tribunales otorgar tutelas infundadas. Aclaraba que: «Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el Juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el Juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse» (F.J. 4º). Así que sólo estos hechos se consideran excepciones materiales propias que el juez no puede apreciar de oficio sin alegación de la parte demandada. Como se ha puntualizado, los hechos excluyentes «Se amparan en ciertas facultades propias del demandado, ajenas al negocio jurídico, capaces de oponerse a la reclamación de adverso, tal y como sería el caso de la prescripción extintiva, o el beneficio de disfrutar de una moratoria para el cumplimiento de la obligación»⁴⁸⁴ y de los posibles, el más frecuente es la prescripción⁴⁸⁵.

La estrategia defensiva que practican las administraciones a diario ante los juzgados cuando se alega el defecto en la reclamación previa o su omisión o del agotamiento de la vía administrativa, sugiere un contrasentido que sigue siendo consentido por el juzgador. Primero deducen las excepciones de orden formal, entre ellas la relativa al agotamiento de la vía administrativa y, acto seguido, vuelcan, sin condición alguna, su más rotunda oposición de fondo a la pretensión. Con ello, resulta incuestionable su desinterés por resolver el conflicto y satisfacer la pretensión de forma autónoma y extrajudicial. En esta situación pierde todo significado la función encomendada y a la que sirven los recursos administrativos cualquiera que sea su denominación; en consecuencia, también lo pierde la retracción de actuaciones para su subsanación, pues ya es seguro que el pleito no se evitará. El propio TC observó esta inconsecuencia hace ya años argumentando que se entiende cumplido el trámite cuando la finalidad de la reclamación previa ha sido materialmente satisfecha, lo que sucede, entre otros casos, cuando, aún formulada la demanda antes de vencer el plazo para entender desestimada la reclamación previa, el término ya había transcurrido cuando llegó el día del juicio y la Administración adoptó en este acto una postura procesal de oposición a la pretensión de la parte actora⁴⁸⁶.

Desde esta perspectiva, puede presentarse como «extralimitación» judicial el control de oficio en torno a la omisión de reclamación previa o defectuosa articulación de la misma o de agotamiento de la vía administrativa si la parte demandada no la deduce a través de la pertinente excepción, bien a lo largo del juicio oral, ya consumado su turno de alegaciones, tras la vista

483 En el mismo sentido pero innovando los hechos con la falta del periodo previo cotizado, se pronunció la STS de 27-3-2007 (RCUD núm. 2406/2006), y las señaladas en su F.J. 6º.

484 SEGALÉS, J., «El juicio oral» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El proceso laboral*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2013 p. 525.

485 Como puede apreciarse a partir de las SSTs 2-3-2005 (Rec. núm. 448/2004), 17-4-2007 (Rec. núm. 1586/2006), 30-4-2007 (Rec. núm. 2582/2006), 30-5-2007 (Rec. núm. 2317/2006), y más reciente de 23-7-2015 (Rec. núm. 2903/2014), todas ellas dictadas en procesos de Seguridad Social.

486 STC 194/1997, F.J. 3º.

mediante auto de nulidad o al resolver en sentencia. De la ausencia de ese reproche procesal por quien puede de él valerse, no debe sino colegirse su legítima voluntad de someter la contienda a decisión judicial que no de satisfacer la pretensión de forma independiente.

La reclamación previa o el recurso administrativo correspondiente, igual que la conciliación administrativa, perviven al servicio de las partes, no de los tribunales sociales -al menos de forma directa, puesto que es innegable el interés de los últimos en aliviar su actividad gracias al éxito de las formas de evitación del proceso-, y se justifican, en su caso, como formas de exclusión del proceso cuyo control como presupuestos pre-procesales ha de admitirse tanto de oficio como a instancia de parte siempre y cuando, efectivamente, su ausencia, haya truncado el cometido a ellas asignado, es decir, resolver de forma autónoma la contienda entre las partes. No existe situación alguna que impida al tribunal decidir sobre el fondo de la cuestión litigiosa tan sólo por causa de no haber articulado con carácter previo a la demanda o al juicio oral la repetida reclamación o recurso.

Tanto el deber derivado del art. 81 como el expresamente dirigido al tribunal en el art. 140, ambos de la LJS, no encuentran su fundamento en la imposibilidad de que el juzgado, en ausencia o defectuosa articulación del agotamiento de la vía administrativa, entre a resolver el fondo del asunto litigioso fijado en definitiva en el escrito de demanda -este requisito o presupuesto no afecta en absoluto a la correcta constitución de la relación jurídico-procesal- sino en haber privado a la administración demandada de la oportunidad de satisfacer la pretensión extrajudicialmente; por tanto, si la misma comparece en el proceso deduciendo su oposición y sin poner de manifiesto esa cuestión procesal, es evidente que no era de su interés servirse de ella, por más que la Ley la configure como presupuesto pre-procesal o procesal⁴⁸⁷.

Menos aún encontraría razón que tras celebrarse el juicio oral y sin haber siquiera la administración demandada planteado la cuestión procesal, el Juzgado de oficio se empeñase en decretar la nulidad y retroacción de actuaciones para dar cumplimiento a la exigencia legal, como se viene advirtiendo. Pero algunos tribunales no ven así este tema. Una cercana Sentencia del TS⁴⁸⁸hubo de anular la dictada por el juzgado de lo social y reponer los autos al momento inmediatamente posterior al juicio oral para que éste dictase nueva sentencia resolviendo el fondo del asunto. En la sentencia de instancia que la Sala de suplicación confirmó «el Juzgado de lo Social estimó la excepción de falta de reclamación previa, respecto de los términos en que se planteó la pretensión del demandante, al considerar que la vía previa ya se había agotado con la primera reclamación. En consecuencia desestimó la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto y absolvió libremente, no sólo en la instancia, a las entidades gestoras demandadas».

Cuestión distinta es innovar por el actor en su demanda con hechos extraños al expediente administrativo previo. Además de la flexible orientación que aportó la ya señalada STC 15/1990, vienen siendo las dolencias susceptibles de baremo o de incapacidad permanente las que más pronunciamientos han suscitado en torno a este tema, distinguiéndose casos de agravación de lesiones alegadas en vía administrativa, dolencias anteriores al expediente administrativo pero manifestadas tras el reconocimiento del EVI, dolencias que aparecen en vía administrativa pero

487 Muy cerca de esta opinión se manifestaba GONZALEZ VELASCO, J. *Conciliación y Reclamación previas en lo laboral*, Madrid, Edersa, 1998, p. 100.

488 STS de 3 de marzo de 2015 (RCUD núm. 1677/2014), F.J. 1º.

no se detectan por el EVI, lesiones distintas a las alegadas en el expediente administrativo y variación en el proceso de la contingencia sostenida en vía administrativa⁴⁸⁹. El aforismo *iura novit curia* en armonía con el principio dispositivo delimita en esta cuestión la frontera en el respeto a la garantía de congruencia. Además, hace ya dos décadas que la Sala Cuarta declaró congruentes las sentencias que declaran un grado inferior no postulado en la demanda, en aplicación del principio «quien pide lo más pide lo menos» y en atención a la propia naturaleza revisora de este acto administrativo. Ello, no obstante, matiza que siempre y cuando no se haya excluido expresamente del *petitum* ese grado de incapacidad, conclusión, ésta, inspirada por el principio dispositivo⁴⁹⁰.

Conquistas logradas hace años, como que deba ser admitida la demanda y darle su curso, aunque para resolver la correspondiente reclamación previa no haya aún transcurrido el plazo del silencio administrativo, supusieron un paso importante en la flexibilización de esta exigencia formal. El sentido común que atiende a la función de este trámite administrativo y pre-procesal revela su sin razón, y los motivos en que ha justificado el legislador la supresión de la reclamación previa general sirven para la presente y para cualesquiera recursos administrativos, sea cual sea su denominación. Un trámite previo y facultativo como fórmula de evitación del proceso me parece lo más deseable. Mientras tanto, comienzan a repetirse los pronunciamientos sancionadores que aprecian temeridad o actuaciones contrarias a la buena fe procesal en las entidades de gestión de la Seguridad Social⁴⁹¹.

E. Inadecuación de procedimiento

La tradicional estructura y distinción entre proceso ordinario y modalidades procesales -a la que puede sumarse el proceso monitorio- en las normas adjetivas sociales encuentra su fundamento en las diversas pretensiones cuya tutela se demanda. Debe añadirse a ellos el incidente concursal laboral. La LJS, que no descuida la posibilidad de que el actor comparezca por sí mismo, incluye dos novedades formales a estos efectos. En la regulación de los requisitos generales de la demanda social se posibilita la utilización de formularios y procedimientos facilitados en la oficina judicial, y se exige la expresión de la modalidad procesal por la que se entienda debe enjuiciarse la pretensión. Estos datos ya se han visto con la demanda -art. 80.1 a) LJS-. Así mismo, tratando de la accesibilidad como cualidad del proceso de trabajo y de la celeridad, y también del trámite de subsanación para la admisión de la demanda *ex* art. 81.1, se han destacado las nuevas previsiones del art. 102 LJS.

Con la LEC, la inadecuación de procedimiento puede apreciarse de oficio (art. 254) o a instancia del demandado (art. 255) que la alegará como excepción procesal al contestar a la demanda (art. 416.1 4ª). Tratándose del segundo supuesto, el artículo 423 de la LEC regula los trámites para la resolución en casos de inadecuación de procedimiento por razón de la materia, cuestión siempre anudada al objeto del proceso. En él, como para otras cuestiones procesales subsanables, se sirve

489 Tal y como clasificó FONT ALMAGRO, N.V., en su estudio «Hechos nuevos y proceso de Seguridad Social», *Foro de Seguridad Social*, Revista 15/16, septiembre 2006, pp. 72-74, Madrid, 2006.

490 Véanse, entre otras, las SSTs de 14-6-1996 (RCUD núm. 1215/1995), 13-11-2000 (RCUD núm. 145/2000), 11-12-2000 (RCUD núm. 4429/1999), así como el trabajo de SEMPERE NAVARRO, A.V., «¿Quién pide lo más pide lo menos?», en *Repertorio Jurisprudencia* núm. 8/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 5.

491 SSTs País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (Recursos números 1146/2015 y 1282/2015).

del trámite de audiencia previa para, alegada esta excepción, decidir motivadamente sobre su admisión en el mismo acto. No obstante, si la complejidad del asunto lo aconseja, el tribunal podrá decidir sobre el procedimiento a seguir en los cinco días siguientes, y si declara que el adecuado es el juicio verbal el letrado J citará a las partes para la vista siempre que la demanda se haya interpuesto en plazo, siendo de caducidad. En caso contrario, declarará sobreesido el proceso, igual que si al iniciarse la vista se observasen incumplidos los requisitos legalmente exigidos por razón de la materia para admitir la demanda. En esta regulación se apoyó la LJS, pero su tratamiento se distingue por enfatizar mucho más en la accesibilidad del proceso de trabajo y en posibilitar la sentencia de fondo.

El proceso ordinario, el monitorio y las modalidades procesales se diferencian, en términos generales, por el plazo y naturaleza -prescripción o caducidad- al que se somete el ejercicio de la acción, por la distinta afectación del tiempo de las actuaciones procesales, por la exigencia o no del intento previo de evitación del proceso -a través de conciliación/mediación o agotamiento de la vía administrativa-, por la competencia funcional de los tribunales sociales -en determinadas pretensiones colectivas, algunos procesos de oficio e impugnación de ciertos actos administrativos-, por la necesidad o no de acompañar concretos documentos con la demanda, por la preferencia y urgencia o no en su tramitación y plazo para dictar sentencia, por admitir o no recurso sus sentencias, por el régimen aplicable en materia de acumulación de acciones y procesos, por la necesaria intervención o no del Ministerio fiscal y por las disposiciones sobre ejecución provisional y definitiva.

Entre los conflictos individuales y hasta la entrada en vigor de la LJS era destacable la confusión en el uso de la modalidad procesal *ex art. 138* para impugnar de forma individual o plural modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. La redacción anterior de este precepto sólo autorizaba su vía si la empresa había adoptado la decisión bajo los requisitos previstos en el art. 41 del entonces vigente ET; en otro caso, la pretensión debía plantearse a través del proceso ordinario. Como el último no constituía ni lo hace hoy una excepción a las vías previas y preceptivas de evitación del proceso, y como tampoco se le asigna un plazo concreto para su ejercicio, por lo que le vincula el general y residual de un año de prescripción, al tramitar la modalidad interponiendo directamente la demanda las empresas oponían en su defensa las cuestiones o excepciones procesales de falta de conciliación o reclamación administrativas previas e inadecuación de procedimiento. Subsano el defecto primero e interpuesta demanda de proceso ordinario o, en ocasiones, habiendo seguido este camino desde el principio, se alegaba por aquéllas caducidad de la acción (puesto que esta demanda debía y debe presentarse en el plazo de caducidad de veinte días). Esta injusta situación puede considerarse superada. Hoy el art. 138 la impide al haber incluido la siguiente prevención: «...aunque no se haya seguido el procedimiento de los arts. 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores...», pero da cuenta de posibles consecuencias en la inadecuada utilización del proceso concreto.

Con ello y a su pesar, en ocasiones sigue sin atinarse con el procedimiento en relación con lo que haya de entenderse por modificaciones sustanciales. También se ha cuestionado el uso de la modalidad del art. 138 LJS para impugnar decisiones sobre movilidad geográfica y suspensiones del contrato y reducción de jornada. Y es que la doctrina de la Sala Cuarta, para decidir sobre la adecuación de la modalidad o del proceso ordinario atiende a las causas de tales decisiones. Así tal y como prevé el precepto, la impugnación de estas decisiones de la empresa a través de la modalidad especial pasa por que sus causas sean económicas, técnicas organizativas o de producción, así como derivada de fuerza mayor, en el último caso. En su Sentencia de 18 de

diciembre de 2013 (RCUD núm. 2566/2012) razonó que no constituye modificación sustancial de condiciones de trabajo la exclusión del turno nocturno motivada por la salud de la trabajadora, sino cumplimiento por la empresa de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Que la posibilidad de que la empresa altere el turno de la trabajadora por razones que se insertan en las obligaciones de naturaleza preventiva, aleja la controversia de los cauces procedimentales y procesales de la modificación sustancial de condiciones (art.138 LRJS), siendo adecuado el proceso ordinario y, por ende, la recurribilidad de la sentencia. Doctrina que ha debido de aplicarse, en un caso similar, por el TSJ Galicia en su Sentencia de 13 de diciembre de 2016 (Rec. núm. 2873/2016). En ésta también se ha recordado que «quedan fuera del objeto de esta modalidad procesal, entre otras: La impugnación de decisiones empresariales que integran el contenido del *ius variandi*. La impugnación de modificaciones sustanciales, decisiones de movilidad geográfica, suspensiones de contrato o reducciones de jornada que no están motivadas en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, como ocurre cuando la decisión responde a una motivación sancionadora, *se adopta en cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales* (STS 18-12-2013, R. 2566/2012) o es fruto de un acuerdo con el trabajador (STSJ Madrid 22-6- 2012, R. 5449/2011). En estos casos, la impugnación deberá tramitarse por el proceso ordinario».

Como ocurre con todas las pseudo-excepciones o excepciones retroactivas las posibilidades escénicas discurren desde la posible advertencia de subsanación por el letrado J en el trámite de admisión a la demanda -cada vez más frecuente, si resulta claro-, pasando por la posibilidad de que la demandada advierta el óbice por escrito antes del juicio oral -nada habitual-, con carácter previo en el juicio oral planteada la cuestión por el magistrado o tribunal o por la demandada, en el juicio oral, alegada la excepción al contestar a la demanda, advertida de oficio al proceder a resolver con auto o con sentencia, o con su estimación en el recurso devolutivo que decreta la nulidad de actuaciones con retroacción al momento anterior a citar para juicio, como se falló por la Sala gallega en la Sentencia señalada.

Ha sido y sigue siendo muy frecuente cuestionar, a instancia de parte o de oficio, el carácter de conflicto colectivo o plural de muchas pretensiones y, con ello, la adecuación o no de la modalidad del art. 153 y ss. LJS. La Jurisprudencia mantiene una doctrina constante que se concreta en los siguientes requisitos⁴⁹²: a) La existencia de un conflicto actual; b) El carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y c) Su índole colectiva; Con relación a este rasgo, el más nuclear y dificultoso, la Sala viene exigiendo dos requisitos. Uno subjetivo que es la existencia de un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran, y otro objetivo que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo. La configuración del grupo no constituye una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, y a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y que pueden en su momento hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo. Pero existe una clara diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales que en última instancia lo componen: el grupo está configurado por rasgos y conceptos que *a priori* y no sujetos a prueba lo configuran, mientras que los trabajadores individuales forman parte o no del grupo en atención a circunstancias personales que en cada caso han de probarse.

Sin embargo, muchas de estas situaciones han podido y pueden obviarse desde la entrada en vigor de la LJS. La disposición general del art. 102 para las modalidades procesales fue «enriquecida»

492 STS de 18 de octubre de 2016, Rec. núm. 57/2015, F.J. 3º, por todas.

con los apartados segundo y tercero que ya se destacaron en el Capítulo anterior -«reconducción procesal»-. En principio, el procedimiento se tramitará conforme a la modalidad señalada en la demanda, pero si en cualquier momento desde su presentación, se advierte inadecuación de procedimiento se seguirá la correspondiente a la pretensión ejercitada. Sólo se excluyen dos casos de este mandato: que no sea posible, y que la parte actora persista en la modalidad inadecuada. Se evita de este modo, por imperativo legal, el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia y, en consecuencia, dilaciones indebidas además de, en algunos casos, la caducidad de la acción, en sintonía con lo dispuesto en el art. 254 LEC que apuesta por la sentencia de fondo⁴⁹³. La subsanación por el juez o por la Sala a través de su reconducción a la modalidad adecuada o al proceso ordinario puede operar incluso en el trámite del recurso devolutivo⁴⁹⁴. La imposibilidad para reconducir la pretensión a través del procedimiento adecuado puede ilustrarse con la SAN de 10 de marzo de 2014 (Proc. 494/2014) en la que se razonaba: «Se impone, por tanto, estimar la excepción de inadecuación de procedimiento, advirtiendo a la demandante que podrá reclamar su pretensión a través del procedimiento ordinario, que no cabe subsanar de oficio, como reclama el art. 102 LJS, porque la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional carece de competencia para conocer procesos ordinarios»⁴⁹⁵.

Respecto a la segunda salvedad prevista, «cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada» cuesta concebir tal actitud en quien comparece por sí mismo y también en el asistente técnico. El letrado J puede equivocarse, igual que el juez o, con menos posibilidades, la Sala, pero en principio parece aconsejable no resistirse a las indicaciones de quienes impulsan y deciden el proceso. Sin embargo, sucede. La STSJ Extremadura, de 13 de marzo de 2014 (Rec. núm. 29/2014) nos proporciona esta situación. El actor demandó por modificación sustancial de condiciones de trabajo. En el juicio oral declinó por dos veces la invitación que se le hizo de intentar conciliar administrativamente y después iniciar un nuevo proceso por despido. Sin embargo, el Juzgado de lo Social en su sentencia, tras acoger la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la empresa demandada, incluye en el propio fallo el siguiente pronunciamiento: «Deberá el demandante formalizar las oportunas papeletas de conciliación y luego acomodar las demandas a esta exigencia. Si el demandante no acreditase ante este juzgado haber cumplido con la primera obligación en el plazo de CUATRO DÍAS se procederá al archivo de los autos sin más trámite». A la misma conclusión se llega en la STSJ Aragón, de 17 de mayo de 2013 (Rec. núm. 228/2013). En este proceso el trabajador excedente voluntario había solicitado su reingreso y la empresa le contestó que en ese momento no existía vacante de igual o similar categoría. Se demandó por despido, y como el objeto de la pretensión se ciño a la existencia o no de vacantes, el Juzgado desestima la demanda por considerar que no había despido. La Sala aclara que no existe falta de acción sino inadecuación de procedimiento, pero como deduce del recurso que el trabajador persiste en el despido cuando lo que procedía era el proceso ordinario, confirma la absolución en la instancia fallada por el Juzgado.

Es importante reparar en el valioso avance que ha supuesto la nueva redacción del art. 81.1 LJS para garantizar al justiciable el acceso al proceso y el derecho a la sentencia sobre el fondo del asunto. El mandato legal al letrado J de advertir para la subsanación en la demanda de defectos u

493 CAVAS MARTINEZ, F., «Artículo 102. Modalidades procesales.», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO A.V.), *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 616-617.

494 STSJ Madrid, de 17 de octubre de 2016 (Rec. núm. 613/2016).

495 DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Artículo 102. Modalidades procesales», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la...*, cit., pp. 711-712.

omisiones en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso incide de lleno, entre otras cuestiones, en la inadecuación del procedimiento, y esta ampliación relacionada en su aplicación con la previsión del repetido art.102.2 LJS que impone dar al asunto la tramitación correspondiente a las pretensiones ejercitadas una vez advertida la inadecuación de la modalidad expresada en la demanda y en cualquier momento tras su presentación, evita desenlaces estériles, además de costosos e injustos. Así lo demuestra el conflicto resuelto por la STS de 11 de noviembre de 2014 (RCUD núm. 3102/2013) por la que desestimando el recurso adquirió firmeza la sentencia de Suplicación, meramente procesal, que confirmó la del Juzgado de lo Social donde se fallaba la estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento sin entrar al fondo del asunto y sin posibilidad de subsanación. La Sala Cuarta consideró que al interponerse la demanda y dictarse sentencia por el Juzgado cuando estas ventajosas previsiones aún no estaban vigentes, no eran de aplicación. Sorprendente puesto que a pesar de ello, con la LPL (1995) e incluso vigentes sus predecesoras se admitía por el TS la oportunidad del trámite de subsanación para supuestos de falta de legitimación, de litisconsorcio pasivo necesario, de acumulación indebida de acciones y de inadecuación de procedimiento, como fue el caso resuelto por la STS de 29 de septiembre de 1989⁴⁹⁶.

Otra controversia frecuente y con doctrina jurisprudencial reciente plantea la alternativa entre el proceso por despido o el proceso ordinario para discutir y/o reclamar la indemnización o diferencias respecto a la misma. Decidida la extinción del vínculo por la empresa, a través del despido disciplinario o del objetivo, aunque no haya discrepancia alguna sobre su calificación, demándese en plazo por despido. Soy consciente de que se empieza la casa por el tejado y de que esta conclusión, por supuesto, no es absoluta a la vista de la doctrina de la Sala Cuarta, como se verá a continuación. Sin embargo desde un punto de vista práctico es la más prudente y segura para no perder el derecho a la sentencia de fondo, al margen de que resulte estimada o no la demanda. La Sentencia que se distingue a continuación es, hoy por hoy, un referente.

La doctrina de la Sala Cuarta⁴⁹⁷ apuntó a la vía del despido frente al proceso ordinario para satisfacer esta tutela⁴⁹⁸. En este caso el nocivo efecto de la apreciada inadecuación del procedimiento se traduce en la caducidad de la acción, tal y como sucedió, entre otros, en el caso resuelto por la STSJ País Vasco, de 24 de mayo de 2016 (Rec. núm. 862/2016).

La STS de 2 de diciembre de 2016 (RCUD núm. 431/2014) recorre en su F.J 3º la evolución de la doctrina de la Sala sobre esta cuestión, a través de sus más señeros pronunciamientos:

-El primero (STS de 22 de enero de 2007, RCUD 3011/2005), deja constancia de que el proceso ordinario es el adecuado cuando se reclama el pago de la indemnización reconocida por la empresa y de cuantía pacífica entre las partes.

-En el segundo (STS de 29 de septiembre de 2008, RCUD 3868/2007), se precisa el alcance de la anterior:

496 MONTROYA MEDINA, D., «El proceso ordinario: La demanda», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El Proceso Laboral*, Tomo I, cit., p. 479-480.

497 STS de 4 de mayo de 2012, RCUD núm. 2645/2011, por todas.

498 También en las SSTS de 22 de diciembre de 2016 (RCUD núm. 3458/2015) y de 24 de febrero de 2017 (RCUD núm. 1296/2015).

1. Proceso ordinario si no hay controversia sobre la calificación del despido, ni sobre el salario o la antigüedad y es pacífica la cuantía del importe y su procedencia.
2. Proceso por despido si la cantidad es discutida.

- En el tercero (STS de 30 noviembre 2010, RCUUD 3360/2009) aporta más detalles:

1. Proceso por despido si el desacuerdo en la cuantía de la indemnización tiene fundamento en el tipo de la debida -45, 33 o 20 días-, en el salario, en la antigüedad o en el sujeto o sujetos obligados al pago.
2. Proceso ordinario si los extremos antedichos son pacíficos, se trata exclusivamente de hacer correctamente la operación matemática en aplicación de la norma.

Sin embargo en la STS de 26 de abril de 2016 (RCUD 1360/2014) «en atención a las circunstancias concretas del caso» se apartó de su doctrina y consideró adecuado el proceso ordinario para reclamar una indemnización superior en atención a la antigüedad real desprovista de alta en la empresa.

Esta Sentencia decide mantener la doctrina tradicional y como la discrepancia en la cuantía indemnizatoria abonada por la empresa en el despido objetivo se basa en una cláusula contractual cuyo valor discute la última -caso singular que amplía el abanico de los fundamentos en la discusión sobre la cuantía indemnizatoria-, considera que el proceso adecuado debió ser el de despido y no el ordinario que la trabajadora incoó. La Sala argumenta que el análisis y valoración de la validez y vigencia de la cláusula no pueden realizarse al margen del acto extintivo porque podría derivar en una declaración de improcedencia, en la decisión del despido y en el ejercicio de la opción (F.J. 4º). En definitiva, el resultado es que la sentencia del juzgado de lo social que estimó de oficio la inadecuación de procedimiento y no resolvió el fondo del asunto adquirió firmeza.

La Sentencia cuenta con un Voto Particular. Discrepa de la mayoría por dos razones: debió de apreciarse falta de contradicción, y el procedimiento adecuado es el ordinario. El segundo aspecto, interesa ahora. Se aportan tres argumentos que contrarían el criterio mayoritario:

1. La STS de 26 de abril de 2016 no se apartó de la doctrina tradicional y no incluía circunstancias concretas. Una simple operación aritmética permitía calcular la indemnización sobre la antigüedad real y no sólo desde la fecha de alta en la Seguridad Social.
2. El objeto de la reclamación es un complemento. No se discute la procedencia del despido ni el derecho a la indemnización legal. Así que el proceso por despido no tendría objeto, su pretensión es otra.
3. Por último se imputa a la sentencia incongruencia, incoherencia interna y omisión de pronunciamiento.

Tradicionalmente controvertido es el tema que afecta al procedimiento adecuado para solicitar la tutela judicial cuando hay que delimitar el carácter plural o colectivo de la pretensión. Este caso

está íntimamente ligado a la competencia objetiva pero sobre todo a la competencia funcional de los órganos jurisdiccionales del orden social. Si de entre las posibles contiendas colectivas nos centramos en las extinciones del contrato de trabajo, en el despido colectivo, podemos encontrar relevantes incertidumbres judiciales y jurisprudenciales. Así lo evidencia la STS de 22 de diciembre de 2016 (Rec. núm. 10/2016) que también es acompañada por un Voto particular. Se interpone demanda de despido colectivo ante la Sala del TSJ para que se declare su nulidad y la vulneración del derecho a la libertad sindical y a la garantía de indemnidad. El colectivo de trabajadores afectados con idéntico contrato para obra o servicio determinado sufrió la extinción de su relación por finalización del contrato temporal que en todos los casos los demandantes consideran fraudulentos. La Sala razona sobre la realidad del despido colectivo de hecho, irregular o tácito. Considera que para apreciar si se sobrepasa con ellos el umbral numérico del art. 51.1 ET sería el Juzgado de lo Social el competente para enjuiciar las acciones individuales y llegar a aquélla conclusión, porque de otro modo se alteraría el objeto del procedimiento de despido colectivo y se eludirían las reglas de competencia objetiva. Así que desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Sala del TSJ que se declaró incompetente judicialmente (F.J. 4º y 5º). El Voto Particular, por el contrario, entiende el despido colectivo como cauce adecuado conforme a la doctrina de la Sala Cuarta sobre la impugnación del «despido colectivo tácito», para lo que aporta tres razones:

1. «Es de *colectiva afectación* la posible existencia de fraude en la contratación como temporales de todo un colectivo», y aunque esto comporta una cuestión prejudicial al despido colectivo, no debe implicar que la Sala de instancia decline su conocimiento (STS de 12 de abril de 2016, Rec. núm. 91/2015, en la cuestión prejudicial consistía en determinar si existía fraude por tramitar individualmente las extinciones de distintas empresas de un Grupo).
2. La remisión del proceso a los Juzgados de lo Social «comporta una innegable posibilidad de *divergencia de resoluciones judiciales*».
3. No ve inconveniente en que la Sala de instancia examine, a título prejudicial, la regularidad de los distintos contratos, cuando le resulta adecuada para los Juzgados de lo Social donde penden las demandas individuales.

La modalidad sobre fecha de disfrute de vacaciones (arts. 125-126) igualmente merece su presencia. Su objeto o la pretensión a plantear a través de ella, se ciñe única y exclusivamente a la fijación individual o plural de las mismas. Sin embargo, en ocasiones se utiliza para otras pretensiones vinculadas al derecho a las vacaciones, para las que es adecuado el proceso ordinario: «la modalidad procesal especial de vacaciones está prevista exclusivamente para las controversias que versan sobre «la fecha de disfrute» de las mismas. El objeto del litigio al que se aplican las reglas particulares de los citados artículos no es por tanto la duración o el número de días de descanso sino la concreción de las fechas del calendario a que tal descanso se extiende. Partiendo de esta premisa se aprecia claramente que la cuestión del cómputo de los días no laborables coincidentes con el final del período de vacaciones, si bien puede tener una repercusión mediata en las fechas del mismo, afecta directa y primordialmente a la duración o cantidad de días de dicho período vacacional. De ello se desprende que el conocimiento jurisdiccional de controversias de esta clase excede del campo de aplicación de la modalidad procesal especial de los artículos 125 y 126 TALPL, y debe ser encauzado por la vía del proceso ordinario»⁴⁹⁹. Además, el aspecto de

499 STS de 29 e marzo de 1995 (RCUD núm. 2223/1994), F.J. 2º. Invocada en STSJ Cantabria, de 3 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 1034/2008).

las vacaciones puede ser objeto de conflicto colectivo por lo que correspondería la tramitación de este procedimiento.

También es conveniente tener presente la doctrina jurisprudencial respecto a las pretensiones de recolocación tras una excedencia voluntaria, o tras una declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual cuando existe una previsión convencional que compromete a la empresa en orden a facilitar al trabajador un puesto de trabajo conforme a su capacidad residual. La alternativa procedimental discurre entre el proceso ordinario con una tutela declarativa sobre el derecho a obtener el reingreso o recolocación, o un proceso por despido, y podría decirse que, en ocasiones, ambos simultáneamente. A pesar de la doctrina de la Sala Cuarta, la iniciativa del trabajador interesado y la respuesta de la empresa pueden presentar matices que siembren la duda sobre el procedimiento adecuado. Así que peligrando el plazo de caducidad para el despido habrá que atender a éste, y si se busca una decisión rápida, iniciar también el ordinario. Al no existir «identidad absoluta» entre ambas pretensiones, una potencial alegación de litispendencia no debiera ser acogida judicialmente.

La Sala de lo Social⁵⁰⁰ distinguió entre despido y negativa al reingreso. Para que sea adecuado el proceso por despido se exige una negativa rotunda e inequívoca que implique el rechazo de la existencia de relación entre las partes, de vínculo entre ellas, y no, únicamente, un desconocimiento del derecho a la reincorporación. La distinción es útil para el trabajador declarado incapaz si la previsión convencional de recolocación incluyese un mandato imperativo para las empresas y un derecho absoluto para los trabajadores no supeditado a la existencia de vacante adecuada, pero en otro caso, se trata de un derecho expectante. Así que ante el riesgo de ver caducada la acción y ante el riesgo de sibilinas posibles respuestas de la empresa para obviar la recolocación o la vuelta del excedente voluntario parece prudente iniciar ambos procesos e intentar que en uno u otro se delimite el alcance y contenido del derecho/obligación recíprocos⁵⁰¹.

F. Acumulación indebida de acciones

El punto de partida sobre esta cuestión no puede ser otro que la regulación contenida sobre *Acumulación de acciones*⁵⁰² en los artículos 25 a 27 de la LJS. Su objetivo -que comparte con la acumulación de procesos y de recursos- es «...garantizar una mayor coherencia en la respuesta judicial, eficiencia y agilidad en la resolución de los litigios que se planteen ante la jurisdicción social, particularmente en procesos derivados de accidentes de trabajo y otros relacionados entre sí, como las distintas impugnaciones de un mismo acto o resolución, o la impugnación de distintos actos empresariales coetáneos con significación extintiva, al igual que el planteamiento y resolución conjunta de las acciones de despido y de salarios pendientes de abono en ese momento, salvo cuando se comprometa la prioritaria resolución sobre el despido...», según expresa el Preámbulo

500 STS de 22 de octubre de 1998 (RCUD núm. 1192/1997), F.J. 2º.

501 ZAPIRAIN BILBAO, A., «Recolocación de incapacitados en la empresa prevista en regulación convencional. Adecuación de la acción a ejercitar para satisfacer tal pretensión», *Aranzadi Social*, Nº 4, Aranzadi, Cizur Menor, 1998, 2661-2666. Véase también GOÑI SEIN, J.L. y RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., «La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas», *Revista de Información Laboral*, Nº 12/2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

502 A pesar de la terminología legal, también manejada en este trabajo, es bien sabido que lo que se acumula realmente, son pretensiones u objetos procesales.

(VI) de la Ley. Son, por tanto, coherencia, eficiencia y agilidad en la resolución judicial, los propósitos que inspiran esta posibilidad procesal.

Interesa tratar en este espacio la llamada acumulación inicial, en tanto que con una única demanda, que origina un único proceso y culmina con la correspondiente sentencia, el actor o actores (dándose también una acumulación subjetiva) solicita/n tutela judicial respecto a más de una pretensión. Es cierto, sin embargo, que también surge, en ocasiones, una concreta y singular acumulación sucesiva o sobrevenida, fruto, en su caso, de la posible reconvencción. En consecuencia, la acumulación sucesiva o de procesos queda fuera de esta mira por cuanto, a pesar de su íntima relación con la de acciones, pasa por el acuerdo, de oficio o a instancia de parte, del tribunal. Con ello, y aunque pueda derivar en una cuestión controvertida, escapa del ámbito de las excepciones o cuestiones subsanables.

La «acumulación indebida de acciones» se estructura en tres apartados: a. Pretensiones no acumulables, b. Pretensiones acumulables y c. Pretensiones indebidamente acumuladas: procedimiento y efectos. Antes, sin embargo y siguiendo el precepto, debe observarse la inicial y tradicional regla general, a renglón seguido cargada de excepciones, y por ello también colmada de falsas expectativas. Los requisitos de la acumulación objetiva y subjetiva de acciones y reconvencción afrontan su marco normativo facultando al actor para nutrir su demanda con cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, con la condición de que el juzgado o tribunal sea competente objetiva, funcional y territorialmente para decidir todas ellas, y en los mismos términos podrá reconvenir el demandado (art. 25 1 y 2). Tal es el criterio general de inicio al que se ha tildado de «aparente» y cuya operatividad práctica sólo es abordable señalando sus excepciones que, a su vez y en algunos casos, cuentan con sus propias concesiones. Y es que esta concreta regulación procesal ha sido farragosa y cada vez lo es más.

Pretensiones no acumulables: Puede señalarse, en primer lugar, el caso no exceptuado de acumulación, que al fin la imposibilita por la falta de competencia del juzgado o tribunal respecto a alguna de las pretensiones acumuladas en relación con la materia, con sus funciones y/o con el territorio. Tampoco cabe acumular acciones de uno o varios actores contra uno o varios demandados si se fundan en distintos hechos (art. 25.3, en sentido contrario).

No lo son las pretensiones sobre un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional que hayan debido tramitarse mediante procedimientos administrativos separados (art. 25.4 en relación con el art. 30.2), caso en que sólo podrán acumularse los procesos sobre impugnaciones referidas a un mismo procedimiento. Con carácter específico (art. 26), se excluyen de acumulación entre sí y con otras en un mismo juicio, ni siquiera a través de la reconvencción, las siguientes:

- Las de despido y demás causas de extinción del contrato. Sin embargo, pueden acumularse la de despido y la de extinción causal *ex* art. 50 ET, interponiendo la demanda en el plazo de caducidad del primero, y si la segunda pretensión se funda en la falta de pago del salario pactado, puede acumularse como tercera pretensión la reclamación de salarios pendientes incluso ampliando la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas. También puede el trabajador acumular al despido la reclamación de la liquidación de cantidades adeudadas hasta su fecha -liquidación de saldo y finiquito del art. 49.2 ET-. En tal caso, si la complejidad de los conceptos reclamados pudiera determinar demoras excesivas para la resolución del despido, el juzgado podrá decidir acto seguido del juicio, que se tramite en

proceso separado la reclamación de cantidad. Siendo así, deducirá testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios para dictar la correspondiente sentencia en el nuevo proceso.

- Las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 139 LJS, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Sin embargo, en todas las pretensiones señaladas, cuando invocando lesión inconstitucional, deban tramitarse a través de su modalidad correspondiente o del proceso ordinario, según prevé el art. 184 LJS, se podrán acumular la reclamación de la indemnización y de los demás pronunciamientos propios del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

- Por último, no son acumulables entre sí las reclamaciones de Seguridad Social, con dos excepciones: que compartan la misma causa de pedir, o que se acumule la alegación de lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el art. 140.1 LEJ (art. 26.6). La primera excepción fue objeto de controversia en proceso finalmente resuelto por el TS⁵⁰³, donde mantiene la doctrina reiterada en las Sentencias en ella citadas. Una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social ejerció acción de regreso ante el Juzgado de lo Social frente a la empresa responsable por descubiertos de cuotas, frente al INSS y frente a la TGSS reclamando diversos importes correspondientes a varios trabajadores de aquélla en concepto de la asistencia sanitaria, que les había anticipado. El Juzgado estimó la demanda y condeno a la empresa, estableciendo la responsabilidad subsidiaria del INSS y absolviendo a la TGSS. Recurrida su sentencia por el INSS, la Sala de Suplicación decretó la nulidad de actuaciones con retroacción de todo lo actuado al momento inmediatamente anterior a la admisión de la demanda a los efectos de que se requiriese a la mutua demandante para que procediese a elegir la acción que deseaba mantener, por cuanto estimó la excepción de acumulación indebida de acciones alegada por la Gestora. La Sala Cuarta, sin embargo, considera acumulables las distintas cantidades correspondientes a diversos trabajadores de la empresa prestacionalmente responsable, incluso aunque se debiesen a distintas contingencias protegidas, porque la causa de pedir es la misma: el importante descubierto en materia de cotización que convirtió a aquélla en responsable.

Pretensiones acumulables: Pueden acumularse en la demanda las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados si entre ellas, existe un nexo por razón del título o causa de pedir. Éste puede ser idéntico o conexo, y así se considerará cuando las acciones se funden en los mismos hechos (art. 25.3 LJS). De lo que cabe deducir que no supone un inconveniente para la acumulación la diversidad de peticiones, salvo que en atención a ellas se prohíba expresamente su ejercicio simultáneo, según acabamos de ver.

En relación con el accidente de trabajo y con la enfermedad profesional, fundándose en un mismo hecho (hecho causante), pueden acumularse las pretensiones indemnizatorias y las mejoras

503 STS de 12 de mayo de 2016 (RCUD núm. 638/2015).

voluntarias del trabajador perjudicado o de sus causahabientes contra el empresario y contra otros terceros que deban responder, incluidas las aseguradoras siempre que se hayan tramitado en el mismo procedimiento administrativo (art. 25.4 en relación con el art. 30, ambos de la LJS). Además, si ha habido demanda anterior sobre la misma contingencia profesional y hay más de un juzgado o sección de la misma Sala y Tribunal, al presentar ulteriores demandas se repartirán al que conoció del primer proceso, claro que, cuando conste o se manifieste en la demanda.

Pueden acumularse en la demanda todas las pretensiones frente al mismo acto o resolución administrativa, así como las referidas a varios actos o resoluciones administrativas si existe entre ellos conexión directa. Si el acto administrativo impugnado afecta a varios destinatarios y hay más de un juzgado o sección de la misma Sala y Tribunal, las demandas o recursos ulteriores respecto a aquél se repartirán al que conoció del primer proceso, cuando conste o se manifieste en la demanda. Aunque a tal fin, la Administración que dictó el acto deberá comunicar la existencia de otras demandas o recursos para su acumulación (art. 25. 6 y 7, respectivamente)

También podrá acumularse en la demanda sobre clasificación profesional por realización de trabajos de categoría o grupo profesional superior, la reclamación de las diferencias retributivas (art. 26.4). Por último, en relación con los considerados TRADE por su cliente, en la pretensión de despido fundamentada en la existencia de relación laboral pueden impugnar la decisión de extinción del cliente, con carácter eventual y por si se desestima la primera. Del mismo modo puede pedirse en la demanda con carácter principal la declaración de TRADE y subsidiariamente de relación laboral. Y también en otras acciones cuando se cuestione la naturaleza laboral o autónoma económicamente dependiente de la relación (art. 26.5).

Si el letrado J verifica la acumulabilidad objetiva o subjetiva, dará cumplimiento, en su caso, a las normas sobre representación en demandas con pluralidad de actores o demandados del art. 19 LJS (art. 26.7).

Pretensiones indebidamente acumuladas: El art. 27 LJS contempla tres supuestos de indebida acumulación de pretensiones («acciones»), estableciendo criterios de prelación entre las acciones⁵⁰⁴. La primera situación observa una pluralidad indebida entre acciones no sujetas para su ejercicio a plazo de caducidad. En tal caso dispone la norma que el letrado J -del mismo modo que se ordena con carácter general en el art.81.1y en consonancia con lo dispuesto en el art. 73.3 LEC- requerirá al demandante para que en el plazo de cuatro días elija la acción -o acciones si las mantenidas son acumulables- que quiere mantener. No atendido tal requerimiento por la actora o si se mantiene la situación de no acumulabilidad dará cuenta al tribunal para que decida, en su caso, sobre el archivo de la demanda (apdo.1). El segundo escenario incluye la demanda en la que una de las acciones indebidamente acumuladas se somete a caducidad. Sin embargo tal previsión no es aplicable cuando se haya ejercitado una pretensión sujeta a plazo de caducidad entre las indebidamente acumuladas, puesto que a pesar de no atender el actor al requerimiento de opción se seguirá la tramitación de aquélla, teniendo el magistrado o Sala por no formulada la acumulada, y advirtiéndole de su derecho a ejercitarla a través de otro proceso. El tercero contempla acciones, todas ellas sujetas a plazo de caducidad, no acumulables. Si entre ellas una es de despido se mantendrá ésta, se tendrán por no formuladas las demás y se advertirá al actor de

504 ARAGÓN GÓMEZ, C., «Artículo 27. Acciones indebidamente acumuladas», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley reguladora...*, cit., p. 286.

su derecho a ejercitarlas por separado. Si ninguna es por despido, se dará trámite a la que primero encuentre su petición en el suplico de la demanda, en caso de aquél no opte. En todo caso, las nuevas demandas sometidas a plazo de caducidad reanudarán su cómputo cuando se ejercite la opción, o, en su defecto, cuando el órgano judicial le notifique la desagregación de aquéllas⁵⁰⁵.

Pues bien, las previsiones del art. 27 LJS entran en juego en el trámite de admisión y subsanación de la demanda a cargo del letrado J. Como se ha dicho en relación con otras excepciones subsanables, si éste no repara en ella, bien podría la demandada al ser citada para el juicio oral ponerlo de manifiesto por escrito ante el juzgado o Sala, reacción ésta como decimos siempre poco probable. En su caso opondría la excepción inmediatamente antes de comenzar el juicio oral, aun habiendo podido hacerlo también en el acto de conciliación judicial, o probablemente al concedérsele la palabra para contestar a la demanda con el resto de la «artillería» procesal. Además, tratándose también de una cuestión de orden público procesal, su apreciación de oficio es posible y obligada cuanto antes mejor pero, en todo caso, su estimación como excepción o apreciación de oficio determinaría la nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda y la retracción a ese momento para subsanar y mantener la acción o acciones deseadas. No obstante, esta cuestión presenta una posibilidad más respecto a otras excepciones subsanables. Y es que en el acto del juicio se le de al actor la opción y la realice. Por último, si la acción indebidamente acumulada no fuera competencia del orden social, se haría innecesaria la advertencia de subsanación por el letrado J⁵⁰⁶.

G. Falta de litisconsorcio

A pesar de la regulación del litisconsorcio que trajo el artículo 12 de la LEC, su entendimiento y funcionamiento requiere recordar brevemente las construcciones doctrinales que durante largo tiempo trataron de explicar su concepto, tipología, fundamentos y efectos. Los términos litisconsorcio, pluralidad de partes o pluralidad subjetiva en las partes se han utilizado en los tratados a veces indistintamente para dar significado al vocablo latino. Más de un sujeto en la posición actora y/o demandada permite, en términos generales y sin atender a matices, hablar de litisconsorcio.

La clasificación distingue *litisconsorcio necesario*, en sentido propio: un único proceso con más de una persona en una u otra posición procesal porque las normas otorgan legitimación para pretender o resistir conjuntamente, con lo que se producirá un único pronunciamiento. El impropio se origina cuando la jurisprudencia impone demandar a varios conjuntamente⁵⁰⁷. Se han defendido distintos fundamentos atribuidos de forma conjunta e indistinta a todos los escenarios de litisconsorcio, al menos al necesario y al cuasi-necesario, a saber: la economía procesal, la armonía procesal en orden a evitar sentencias contradictorias e incongruentes, evitar los efectos de la cosa juzgada material a quien no fue parte en el proceso, así como la imposibilidad de ejecutar la sentencia y la teoría de la utilidad. Pero el fundamento de su necesidad se sitúa en

505 MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 27. Acciones indebidamente acumuladas», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 256.

506 *Ut supra*, p. 228.

507 CORDÓN MORENO, F., «Artículo 12. Litisconsorcio», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (tomo I), Aranzadi, Marzo de 2011 (BIB 2011\5008), p. 2.

la «inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto a las cuales (...) aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerla varias personas o han de hacerse frente a varias personas»⁵⁰⁸.

El litisconsorcio *cuasi-necesario* se describe de diversas formas más o menos precisas. Se califica de eventual por cuanto aunque la legitimación pasiva (en el proceso civil no existe litisconsorcio activo necesario) corresponde a varias personas, no necesariamente se demanda de forma conjunta, su constitución queda a la voluntad de la parte actora⁵⁰⁹. Estamos ante él «cuando no se exige la presencia en el proceso de todos o contra todos los partícipes»⁵¹⁰. Se trata de supuestos de proceso con una pretensión procesal y pluralidad de partes originaria que no es necesaria, porque si sólo lo son alguno/s de los legitimados se puede dictar sentencia de fondo plenamente eficaz⁵¹¹. También ha habido quien lo ha considerado técnicamente indefendible⁵¹².

El litisconsorcio *voluntario* se identifica con la voluntaria y autorizada por la Ley acumulación subjetiva de pretensiones («de acciones») por varias personas, o por ellas o una sola frente a varios demandados, lo que nos lleva a la regulación de la «acumulación de acciones» (art. 72.1 LEC y arts. 25-27 LJS). Su carácter voluntario, la acumulación que genera, su fundamento en la armonía y, principalmente, economía procesal y una nítida y desmenuzada distinción entre proceso -instrumento- y procedimiento -forma, método, garantía- ha llevado a la conclusión de que «no hay consortes, no hay pluralidad de partes, sino una reunión de las partes de cada uno de los procesos que se acumulan»⁵¹³. Las situaciones consorciales pueden plantear problemas cuando sólo uno de los litisconsortes recurre la sentencia, así como en relación con la doctrina de los efectos expansivos del recurso que se aplica en algunos casos de solidaridad⁵¹⁴.

En efecto, el artículo 12 de la LEC, con la rúbrica de «Litisconsorcio», contempla y define como posibilidad tanto el litisconsorcio activo como el pasivo: comparecencia en juicio de varias personas, como demandantes o demandados, cuando las acciones que se ejerciten deriven de un mismo título o causa de pedir (aptdo. 1). El contexto legal integra tanto el voluntario como el necesario y, a su vez, el activo y/o pasivo. A continuación, impone codemandar, como litisconsortes (litisconsorcio pasivo necesario) a más de un sujeto cuándo sólo así pueda hacerse efectiva la tutela jurisdiccional demandada en atención al objeto del proceso, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa (aptdo.2). Bajo esta previsión legal podría considerarse prescindible la atención tanto a la etimología del vocablo como a las diversas y parecidas definiciones que los juristas le atribuyeron hasta la LEC, que por fin integró la situación de forma precisa en su regulación. No obstante, se ha calificado al precepto como «norma en blanco»⁵¹⁵ y es que la

508 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., pp. 271-272.

509 *Ut supra*, p. 273.

510 GONZÁLEZ VELASCO, J.P., «En el llamado litisconsorcio voluntario no hay litisconsorcio», *Revista de Derecho Procesal*, nº 4, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 637-638.

511 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., p. 192.

512 SERRA DOMINGUEZ, M., «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2 y 3, 1971, pp. 599-603.

513 GONZÁLEZ VELASCO, J.P., «En el llamado litisconsorcio voluntario...», cit., pp. 651-674.

514 DE ANDRÉS HERRERO, M^a A., «Artículo 12. Litisconsorcio», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, cit., p. 287.

515 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Repensando el litisconsorcio pasivo necesario», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2015 parte Estudio, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015\1335).

expresión: «hacerse efectiva» del apartado 2º, es algo que se ha ido concretando en cada caso, y sólo a través de los distintos fundamentos que históricamente se han otorgado a esta institución.

El litisconsorcio pasivo necesario se ha convertido en una situación cada vez más frecuente en el proceso de trabajo. Existen así mismo situaciones de litisconsorcio activo necesario y la LEC ni las menciona. Al respecto se ha dicho que esto se debe «a que el legislador se ha dejado llevar por la inercia de una jurisprudencia errónea sobre el litisconsorcio activo en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria»⁵¹⁶ así como que «El Tribunal Supremo encubre los supuestos de litisconsorcio activo necesario como falta de legitimación activa y es rotundo en decir que no se puede calificar de litisconsorcio necesario. A nuestro entender ahí está la equivocación porque sí existen en la práctica supuestos de litisconsorcio activo necesario pero el tratamiento que debe recibir no puede ser el mismo que el del litisconsorcio pasivo necesario. La solución lógica en estos casos sería anticipar la sentencia de fondo y dictar, por tanto, sentencia absolutoria, que no impediría que, posteriormente, los verdaderos titulares del derecho ejercitasen la acción contra el o los demandados»⁵¹⁷.

Por otra parte, en algunas situaciones se dispensa legal y expresamente de esta carga y, a pesar de ello, se codemandada a todos los titulares (litisconsorcio cuasi-necesario), como sucedería para exigir el cumplimiento de obligaciones solidarias. Si la pluralidad es sobrevenida, nos encontramos ante la llamada *intervención procesal* (arts. 13, 14 y 15 LEC) y, en ocasiones, la situación es resultado de una acumulación de acciones o de procesos, lo que fundamenta la tipología que distingue los originarios de los sucesivos.

La LJS sin utilizar la repetida expresión, se refiere a estas situaciones en distintos preceptos. En el art. 19.1 y 2: «La demanda podrá presentarse (...) bien de modo conjunto...», «En los procesos en los que demanden de forma conjunta más de diez actores (...)», respectivamente. En el art. 25.3: «También podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan (...)». Estas situaciones se traducen en litisconsorcios activos voluntarios, fruto de la acumulación de acciones. Sin embargo, de la regulación de la acumulación de procesos, pueden deducirse situaciones de litisconsorcio activo necesario en tanto que, ya para procesos seguidos ante el mismo juzgado o tribunal o ante distintos, el legislador utiliza la expresión imperativa «se acordará» y «se acumularán» (arts. 28 1 y 2-29 y 30, respectivamente). Es cierto que también puede decidirse la acumulación a petición de parte, pero esta circunstancia no excluye el mandato legal. En consecuencia, estos casos pueden considerarse como legales o necesarios aunque la pluralidad de actores sea fruto de las disposiciones sobre acumulación de procesos y se fundamente en razones de economía procesal y, expresamente, en la evitación de «sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes» y no, siguiendo la literalidad del art. 12.2 «cuando sólo así pueda hacerse efectiva la tutela jurisdiccional demandada», en la imposibilidad de entrar al fondo de la cuestión litigiosa, referida al litisconsorcio pasivo.

En suma, la pluralidad de partes puede derivar de una titularidad compartida (legitimación conjunta) por referirse a derechos, relaciones o estados jurídicos, y también puede deberse a la

516 LÓPEZ JIMÉNEZ, R., «Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 12 y 420», *Revista para el análisis del Derecho*, p. 9, WWW.INDRET.COM.

517 *Ut supra*, p. 10.

conexión de la pretensión con otra ajena al proceso pero sobre la que su resolución vincularía en un proceso futuro. La necesidad legal de que más de un sujeto integre la posición actora por compartir la legitimación activa es contada -al margen de lo señalado sobre acumulación de procesos-. El INSS lo intentó cuando sólo el padre del hijo fallecido demandó por prestaciones no haciéndolo también la madre superviviente, pero el TS no apreció la falta de litisconsorcio activo necesario porque según el Código Civil es suficiente que accionase sólo él en favor de la comunidad hereditaria⁵¹⁸. Puede pensarse también en el caso de un grupo «no claro» de empresas, aunque no es lo más habitual que la empleadora adopte la posición actora en el proceso social.

Una situación notoria se da en el conflicto colectivo planteado a nivel de empresa -con más de un centro- por la representación unitaria en la que debe plantearse la demanda por las representaciones de todos los centros de trabajo, en caso de no existir Comité Intercentros⁵¹⁹. El desistimiento de uno de los actores en estos casos resulta imposible puesto que mutilaría la legitimación plural y compartida de todos ellos -desisten todos o ninguno-, como tampoco es posible ante un litisconsorcio pasivo necesario desistir respecto sólo alguno o algunos de los demandados: o se desiste íntegramente de la demanda, o si se mantiene, se mantiene frente a todos⁵²⁰. Mientras que en el litisconsorcio activo fruto de una acumulación bien pudiera desistir de su pretensión o pretensiones alguno o varios de ellos, sin afectar al objeto del proceso.

A pesar de cuanto antecede, cada vez es más frecuente el litisconsorcio activo voluntario. No se trata sólo de aliviar gastos y ganar tiempo por los operadores jurídicos y sus clientes cuando la normativa autoriza la acumulación subjetiva de acciones o de procesos, sino que la propia LJS lo propicia de oficio inspirándose en la economía procesal y, expresamente, en el afán de evitar «... sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes» (art. 30). De este modo, también se posibilita que el instituto de la cosa juzgada material despliegue sus efectos y cumpla su objetivo. En cualquier caso, toda acumulación subjetiva de acciones o procesos entraña también una acumulación objetiva y, muchas veces, asegura el mismo pronunciamiento para la pluralidad de demandantes que ven resueltas sus pretensiones en una sentencia.

Con todo, es el litisconsorcio pasivo «necesario» el que precisa mayor atención y decisión por los tribunales sociales. Las situaciones ordenadas por la norma son múltiples y claras (litisconsorcio necesario legal o propio) pero, en ocasiones, las controversias planteadas como pretensión procesal plantean la duda sobre la necesidad o potestad del litisconsorcio pasivo (impropio).

Si identificamos la efectividad a que se refiere el art 12.2 LEC («...la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva...») con el *posible* cumplimiento del fallo judicial, la

518 STS de 21 de octubre de 2002 (RCUD núm. 438/2002), F.J. 3º. En sentido similar y en relación con una mejora sobre prestaciones demandada sólo por la viuda del trabajador fallecido -los hijos, herederos, eran menores de edad-, STSJ Andalucía -Granada-, de 19 de enero de 2012 (Rec. núm. 2389/2011).

519 Véase BLASCO PELLICER, A., «Configuración jurisprudencial de la legitimación en los procesos de conflictos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* vol. V parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 1997 (BIB 1997\1009) y, sobre el principio de plena correspondencia entre ámbito del conflicto y ámbito de actuación de los sujetos colectivos BEJARANO HERNÁNDEZ, A., «El proceso de conflictos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 9/2009 parte estudio, Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (BIB 2009\845).

520 VALLE MUÑOZ, F.A., *El desistimiento en el Proceso Laboral*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 26.

finalidad del litisconsorcio pasivo necesario no puede ser sino garantizar al actor que de prosperar su pretensión actúe su cumplimiento en los términos establecidos en la sentencia. Esta conclusión se refuerza si se atiende al régimen jurídico de la cosa juzgada material y al de la acumulación de acciones y de procesos. De hecho la situación de litisconsorcio pasivo necesario fue tratada en sus orígenes considerando que: «únicamente obliga a traer al proceso a aquellos a quienes “prima facie” se les crea obligados o se crea necesaria su intervención en él, pues en otro caso envolvería un manifiesto abuso del derecho el originar gastos y molestias al innecesariamente traído al litigio»⁵²¹.

En consecuencia, es preciso señalar que este escenario no coincide con otro muy frecuente. Se trata del caso en que terceros ajenos al proceso poseen un interés en relación con su objeto. El interés no siempre concurre con la legitimación: «Tanto la jurisprudencia constitucional como la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo han establecido que el «interés legítimo» al que se refieren el art. 24 de la Constitución y el art. 17.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) como fundamento o soporte del derecho de accionar ante los Tribunales de Justicia, y específicamente ante los Tribunales de la Jurisdicción Social, debe ser un «interés actual», es decir, un interés que tiene por objeto una «utilidad o efecto práctico de la pretensión» de carácter «inmediato» (STC 71/1991 de 8 de abril), sin que sea suficiente un mero «interés preventivo o cautelar» (SSTS 8 de octubre de 1991, 27 de marzo de 1992 y 20 de junio de 1992). Esta precisión del «interés legítimo» tiene su razón de ser en que la función de los órganos jurisdiccionales es la de resolver litigios, y no la de disipar dudas o evacuar consultas»⁵²².

La legitimación pasiva implica que el sujeto que la ostenta necesariamente vea dirigida la petición de tutela frente a él para que llegue a ser eficaz, en tanto que actúan en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10 LEC). De este modo, están legitimados pasivamente los obligados frente al derecho que se hace valer mediante el proceso, o el obligado legalmente a garantizar el cumplimiento de la obligación de otro; asimismo lo están los titulares de un derecho, relación, estado o negocio jurídicos a los que se refieran peticiones de tutela mero declarativa o constitutiva e, igualmente, los autores de una conducta lesiva de un derecho de la personalidad, de un derecho real, de un derecho absoluto sobre bienes inmateriales, o de una conducta infractora de normas objetivas de comportamiento social frente a las peticiones de tutela que en razón de ello, se articulen⁵²³.

Por tanto, no es preciso que otros sujetos meramente interesados objetivamente en el proceso sean demandados, porque sin su presencia como parte el fallo también sería posible y efectivo. No obstante, el tercero puede solicitar su intervención en el proceso alegando un interés directo y legítimo sobre el objeto pendiente, pero su admisión dependerá del análisis de las alegaciones vertidas sobre su legitimación (art. 13.2 LEC), situación ésta distinta a la intervención adhesiva que limita su ámbito de actuación. Por eso, es esencial distinguir el supuesto en que el propio interesado solicita su intervención de aquél en que un sujeto demandado en el proceso plantea la legitimación de ese interesado alegando un defecto de litisconsorcio pasivo necesario y, en esta última situación, valorar la legitimación más allá del interés anudando la necesidad de intervención del tercero como parte demandada a la utilidad del futuro fallo. No se trata de considerar el interés

521 SSTS, Sala Primera, de 11 y 25 febrero 1966.

522 STS de 3 de marzo de 2000 (RCUD núm. 151/1999) F.J. 2º.

523 ORTELLS RAMOS, M. y otros, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2.002, pp. 167-168.

derivado de la conexión que en atención a un posible y ulterior proceso pueda consumarse. La conexión objetiva entre distintos procesos -por converger total o parcialmente sus causas de pedir y/o sus peticiones- no debe hacerse coincidir -porque la ley no lo hace- con la identidad necesaria requerida para que los efectos de la cosa juzgada operen. En otro caso, el principio de oportunidad y el dispositivo no serían respetados, aunque sí se respeta de este modo el derecho constitucional a no sufrir indefensión.

Estas diferencias avalan la general voluntariedad legal dispuesta para la acumulación subjetiva y objetiva de acciones. Con ello, principios como el de audiencia -por el que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, a salvo de las singulares excepciones previstas en el art. 222.3 LEC-, el de contradicción y de forma declarada legalmente la eficacia entre partes de la cosa juzgada, garantizan a estos terceros sus derechos e intereses no sólo en el proceso en el que no son parte -haciendo imposible la ejecución forzosa de la sentencia frente a ellos- sino en ulteriores pleitos con objetos conectados al primero -al no operar la vinculación entre procesos-. En efecto, la eficacia negativa y positiva de la cosa juzgada material se condiciona, con carácter general, a la identidad de los litigantes de ambos procesos (art. 222. 3 y 4 LEC).

Desde esta perspectiva, el litisconsorcio pasivo necesario legal queda restringido a las situaciones específicamente previstas, normalmente, por las normas adjetivas y a aquellas otras deducidas de la relación jurídico material sobre la que planea la tutela solicitada en el proceso, siempre y cuando -como se enuncia con carácter general en la LEC- esa singular tutela sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados. De este modo, la falta del debido litisconsorcio como cuestión de orden público procesal que impide la sentencia de fondo obliga, sin discusión, a su control de oficio⁵²⁴.

Aún así, la actividad de los tribunales revela una excesiva apreciación de litisconsorcios en situaciones no respaldadas de forma específica por la norma -el denominado «impropio»-, lo que choca frontalmente con la perspectiva legal expuesta. La doctrina procesalista lo explica en estos términos: «... el principio de audiencia -no entendido por nadie como incompatible con esos límites subjetivos- ha sido esgrimido como cobertura, aparentemente sólida, de un déficit lamentable de técnica jurídica. El resultado ha sido -y es aún, en España- un litisconsorcio necesario *impropio* (no legal) absolutamente hipertrofiado, intuitivamente apreciado y no pocas veces utilizado como pretexto para no dictar sentencia sobre el fondo. A esto ha colaborado una generalizada imprecisión sobre los efectos de la sentencia, sin distinguir entre los directos y los indirectos»⁵²⁵. No se discuten evidentes razones de economía procesal, o la posible conveniencia para la propia parte actora, que le decidiría a la conformación de un litis consorcio pasivo no siendo necesario -incluso contando, en ocasiones, con la más que probable posibilidad de que algún o algunos de los demandados resulten absueltos por falta de legitimación pasiva respecto a esa pretensión-, pero una cosa es la conveniencia y otra la necesidad.

También se plantean conflictos donde a la vista de la pretensión y de la normativa aplicable se observa con «claridad» la necesidad del litisconsorcio y sin embargo ni las demandantes, ni las demandadas ni la Sala de instancia, lo advierten. Así lo ha puesto de manifiesto la STS de

524 STS de 16 julio 2004, RCUd núm. 4165/2003, F.J. 3º.

525 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 200-201.

1 de febrero de 2017 (Rec. núm. 18/2016) dictada en proceso de conflicto colectivo donde se pedía la declaración de que la práctica de no convocar anualmente la Convocatoria para solicitar la evaluación de los méritos y la asignación de los complementos retributivos adicionales del PDI laboral no es ajustada a derecho, ordenar la convocatoria de complementos retributivos, y el mantenimiento de su obligación anual de convocatoria. La legitimada ausente ha sido la Administración General Autónoma del País Vasco. La Sala Cuarta ha declarado la nulidad de la Sentencia recurrida y de todo lo actuado desde la admisión de la demanda, para que en el plazo legal se amplíe la demanda frente a la Administración autónoma.

Retomando la general tendencia judicial, y aún cuando el demandante haya descartado consciente y voluntariamente la ventaja de un litisconsorcio pasivo para ejercitar su acción, si se le impone por el Juzgado de oficio o con ocasión de la excepción procesal deducida por la parte demandada, resulta aconsejable no resistirse y ampliar la demanda frente a los sujetos indicados por el Juzgado o tribunal. Terminen absueltos o condenados, habrá accedido a una primera sentencia sobre el fondo; en caso contrario, puede que el órgano jurisdiccional insista en la imposibilidad de entrar a conocer el fondo y el actor se vea obligado a pasar por un recurso devolutivo que, en el mejor de los casos, ordene al órgano *a quo* resolver sobre el fondo y, en el peor, comparta con el de la instancia aquélla imposibilidad, pudiendo perder al fin -por su resistencia a constituir el litisconsorcio- su derecho a la solución judicial.

No puede olvidarse que la legitimación *ad causam*, identificada en la LJS con la titularidad «de un derecho subjetivo o un interés legítimo» (art. 17.1), tanto activa como pasiva, requiere para ser decidida la celebración del juicio oral en todas sus fases. Algún sector de la doctrina procesalista⁵²⁶ considera que no siempre es así: «el tema de la legitimación comporta siempre una *quaestio iuris* y no una *quaestio facti*, que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si efectivamente guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen».

Conjugando ambas posiciones el derecho a la tutela judicial efectiva puede resultar lesionado por diversas actuaciones judiciales. Una contingencia, realmente extraña en darse, la posibilitaría el caso de que se siguiese y culminase con sentencia de fondo un proceso con falta de litisconsorcio legal, y que en ejecución se evidenciase la inutilidad de la resolución por resultar imposible dar cumplimiento al fallo al haberse dictado en ausencia de un sujeto que compartía la legitimación pasiva de forma inescindible con el o los condenados. Sólo, en su caso, el amparo otorgado por el TC apreciando la lesión a la efectividad de la tutela judicial prestada haría posible su reparación.

Otros contextos que pasarían desapercibidos si no fuese por los análisis y comentarios doctrinales de sentencias pueden consistir en haber resuelto el proceso sin que por ningún sujeto se haya advertido el óbice procesal. En estos casos, ha sido posible la sentencia de fondo, y también el cumplimiento de su fallo, pero no se ha reparado en los efectos perjudiciales que han podido generar a un tercero. Sirva como muestra el conflicto suscitado por un trabajador frente a la empresa que tras comunicar su baja voluntaria, se retracta unos días después, para dejarla sin efecto y continuar en activo. La empresa no la acepta por considerar su primera

526 ALMAGRO NOSETE, J., «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», *Revista de Derecho Político* nº 10, UNED, Madrid, 1981, p. 51.

decisión irreversible contratando, además, a otro trabajador en sustitución de aquél cuando ya era concedora del giro de la decisión. El primero demanda por despido improcedente y tanto el Juzgado de lo Social como la Sala de suplicación le niegan la acción, pero el TS en unificación de doctrina estima el recurso porque considera la retractación eficaz. Pues bien, el caso es que en todo este proceso donde se agotan los recursos devolutivos, nadie repara en el interés legítimo del nuevo trabajador contratado, que podría ver amortizado su puesto de producirse la readmisión. Se ha afirmado al respecto que el sucesor debió ser parte como litisconsorte pasivo necesario⁵²⁷, y comparto plenamente esta opinión.

Más frecuente resulta -como lo es que la situación se resuelva de la mano de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia- que el Juzgado de lo Social omita el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa justificándose con su sentencia procesal en la imposibilidad de hacerlo por causa de una falta de litisconsorcio pasivo necesario⁵²⁸. En estos casos, tanto si el óbice se aprecia de oficio como si es fruto de la estimación de la excepción procesal deducida por la demandada, puede concluirse que: primero, el letrado J por evidente -y comprensible en muchos casos- inobservancia, segundo, la demandada por no plantear la cuestión antes del juicio oral -tras ser citada-, tercero, por hacerlo en el juicio oral y no suspenderse su celebración (o paralizarse el proceso, como suele expresarse) para ampliar la demanda, y cuarto, por no considerar de oficio el propio magistrado este óbice hasta resolver con la sentencia, el Juzgado habría incumplido la obligación legal no preclusiva que le imponen distintas normas para advertir al actor de la subsanación en plazo constituyendo el litisconsorcio. Estamos tratando de pseudo-excepciones o excepciones retroactivas, subsanables, aunque en este caso también por ser de orden público procesal quepa su apreciación de oficio⁵²⁹ y llegados a este extremo, el daño infligido a la celeridad procesal es importante.

En efecto, al igual que con los demás presupuestos procesales subsanables, también por causa del litisconsorcio pasivo necesario, la decisión de inadmisión de la demanda sin haber auspiciado su subsanación lesionaría de forma evidente el derecho fundamental por eludir expresamente la doctrina constitucional sobre el principio *pro actione*. Sin embargo, la apreciación tardía de la falta de litisconsorcio, aunque no termine por lesionar el derecho a la sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa, y en muchas ocasiones se evidencie que al fin no era tal, dilata de forma exagerada esos procesos perjudicando de diversas formas a las partes procesales aun cuando esas lesiones no deriven en una solicitud de amparo constitucional. Debe por ello exigirse a la planta ordinaria un control riguroso de este presupuesto; al tribunal de instancia porque es a quien realmente se dirige la obligación de control y promoción de su subsanación, y a los órganos *ad quem* para evitar la apreciación de escenarios litisconsorciales que en definitiva resultan innecesarios. Hoy la LEC aporta claves más precisas sobre la cosa juzgada material y sobre el litisconsorcio pasivo necesario que permiten a los tribunales abandonar inercias históricas prescindibles, aunque también resulta inevitable topar con situaciones dudosas y oscuras en su decisión.

527 MARÍN CORREA, J.M^a, «Dimisión del trabajador: retractación eficaz», *Actualidad Laboral*, nº 2, Sección Sentencias Ejemplares, Febrero 2013, Ref. 47, p. 270, tomo 1, LA LEY. [La Sentencia del TS es de 17 de julio de 2012 (RCUD núm. 2224/2011)].

528 Véase en STSJ País Vasco, de 19 de abril de 2016 (Rec. núm. 665/2016).

529 Véase STSJ A Coruña, de 6 de mayo de 2016 (Rec. núm. 4123/2015), cuyo interés radica en la recopilación que realiza de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia.

Aunque se analiza una situación de creación jurisprudencial, es una constante que la LJS -y sus predecesoras en algunas modalidades procesales y bajo ciertas condiciones- imponga el litisconsorcio pasivo. Además la LEC aporta un enunciado preciso -aunque sensible a diversas interpretaciones- para afirmar su existencia que debe intentar respetarse por los tribunales. Así que tanto por mandato de un precepto genérico como por el de uno específico, el litisconsorcio pasivo necesario sólo es el legal. El concebido jurisprudencialmente, «impropio», alcanzaría la primera categoría si la decisión del tribunal sobre la necesidad de constituirlo se demostrase imprescindible para la efectividad del fallo de la sentencia. En otro caso, por abundantes y extensos que sean los argumentos empleados para la decisión, habrá que concluir que tales litisconsorcios pasivos en pura técnica jurídica -deducida de la LEC y de la Constitución- no son necesarios. Puede que sean posibles, razonables, convenientes, pero en ningún caso su forzada constitución podrá demostrarse justificada en la imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia de fondo.

a) Escenarios litisconsorciales genéricos. De forma general el art. 5.2 LEC, tras enumerar las clases de tutela jurisdiccional, utiliza estos términos: «Las pretensiones a que se refiere el apartado anterior se formularán (...) frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida», pero si se buscara la respuesta en este precepto «...el quid pasaría a ser determinar a quiénes ha de afectar la decisión pretendida. Pasaríamos del «quienes» al «quiénes». Seguimos desembocando en el interrogante (...)»⁵³⁰. La LEC se ocupa de prever y regular las situaciones procesales en que, de forma originaria o sobrevenida, voluntaria o preceptiva, concurren una pluralidad de partes (arts. 12-15). Entre ellas, aporta un concepto general del llamado litisconsorcio pasivo necesario. Se configura como carga procesal para la parte actora el deber de demandar como litisconsortes a todos aquellos sujetos que necesariamente han de concurrir, para que en atención al objeto del proceso, la tutela solicitada pueda hacerse efectiva (art. 12.2 LEC). Esa consideración conjunta deriva de la titularidad compartida sobre la pretensión procesal, lo que determina una legitimación compartida que se proyecta sobre derechos, relaciones o estados jurídicos.

Asimismo, se señala expresamente la «falta del debido litisconsorcio» entre las circunstancias o cuestiones procesales que pueden impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (art. 416 LEC), y el tratamiento otorgado a su examen y resolución, una vez deducida la excepción por el demandado, permiten concluir que el legislador es consciente de que esa alegación se plantea, en ocasiones, frente a situaciones ciertamente dudosas (art. 420 LEC). Distingue el precepto la integración voluntaria de la *litis* por el actor, ampliando subjetivamente la demanda -una vez opuesta la excepción en la contestación a la demanda-, de la situación en que el actor se opone a la falta de litisconsorcio.

Para el primer caso, cuando el actor amplía la demanda sin resistencia, deberá el tribunal estimarlo procedente y declararlo así antes de emplazar a los nuevos demandados. La oposición del actor, en cambio, obligará al tribunal a oír a las partes y, si la complejidad o dificultad del asunto lo aconseja, contará con un plazo de cinco días para decidirlo mediante auto.

b) Escenarios litisconsorciales específicos. La LJS se detiene en distintas modalidades procesales para señalar e imponer el litisconsorcio pasivo. Unas veces por razones evidentes, otras no tan justificadas en su necesidad actual como en antecedentes legislativos ya no vigentes y, en otros casos, planteando situaciones no estrictamente litisconsorciales pero muy cercanas a

530 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Repensando el litisconsorcio...», cit., p. 2.

ellas. Además, y trascendiendo del proceso concreto impone la presencia de ciertos sujetos en atención al estado presente o potencialmente futuro de la situación enjuiciada, como es el caso del FOGASA.

- *Necesaria citación del FOGASA en el proceso*

A pesar de que los artículos 23 y 24 de la LJS, dedicados a la intervención y llamada a juicio del FOGASA, introdujeron una evidente más completa regulación al respecto, puede afirmarse que también con sus predecesores, en la LPL (1995), podía distinguirse una doble situación litisconsorcial. Por una parte, antes y ahora, el incuestionable litisconsorcio pasivo necesario en supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, de las ya declaradas insolventes o desaparecidas y en la tramitación de los procedimientos arbitrales de cara a asumir las obligaciones a él impuestas por el art. 33 ET -este último incluido *ex novo* por la LJS- (art. 23.2, párrafo 1º).

Por otra parte, para los procesos en que pudieran derivarse para el organismo responsabilidades prestacionales, gracias quizás a la expresión «podrá comparecer» (presente antes y ahora en la Ley procesal -art. 23.1-) y al hecho de que siendo codemandado fuese absuelto sin perjuicio de su posible y ulterior responsabilidad subsidiaria, cuando había condena directa a la empresa/s. En este segundo contexto, la práctica más habitual es dirigir la demanda también frente al FOGASA, incluyendo copia de la demanda y de los documentos acompañados para el organismo, aunque no se haga siempre y aunque desde un punto de vista teórico, se haya venido calificando como litisconsorcio pasivo voluntario.

Es cierto que si la empresa no se encuentra en alguna de las situaciones tipificadas, el fallo de fondo es posible y útil, con la clásica absolución del organismo público y, en muchas ocasiones, sin su comparecencia voluntaria en el juicio oral. Sin embargo, tanto la doctrina del TS, anterior a la LJS, como el propio contenido del art. 23.2 autorizan la calificación de este caso también como de litisconsorcio pasivo necesario. El precepto, en su último párrafo dice textualmente: «Igualmente deberán ser notificadas al Fondo de Garantía las resoluciones de admisión a trámite, señalamiento de la vista o incidente y demás resoluciones, incluidas la que ponga fin al trámite correspondiente, cuando pudieran derivarse responsabilidades para el mismo». Ese «deberán» parece concluyente. El mandato legal al tribunal social es garantizar al FOGASA la oportunidad de comparecer en el proceso e incumplida esa garantía, el tratamiento de la cuestión impone un lugar en la sentencia para la argumentación judicial del litisconsorcio necesario, aunque el organismo no aproveche la ocasión. La citación que el precepto prescribe convierte al Organismo en parte dotándole de la totalidad de derechos y obligaciones inherentes a tal posición procesal («dándole traslado de la demanda a fin de que pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga en Derecho»).

La estimación o desestimación de la tutela solicitada es indudablemente posible sin su intervención, sea cual sea el conflicto individual planteado. Es ajeno a la relación jurídico material en la que nace el conflicto, pero las situaciones que afectan a la empresa implicada «en supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas» previas al inicio del proceso o coetáneas a él, desencadenan la responsabilidad patrimonial del organismo público si la pretensión estimada implica indemnizaciones y/o salarios, tal y como se prevé en la norma sustantiva (art.33 ET). No es por tanto la intervención o no del FOGASA, a pesar de su necesaria citación por el letrado J -«de oficio o a instancia de parte»-,

lo que hace posible el cumplimiento del fallo estimatorio, puesto que en estos casos la situación de la empresa condenada ya lo anuncia imposible, sino la tramitación del propio proceso que al trabajador se le impone para terminar satisfaciendo casi siempre parcialmente su crédito de manos del ente, responsable subsidiario.

Precisamente su comparecencia en juicio es decisiva para franquear su responsabilidad. Su defensa, entre otras, puede consistir en la alegación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por plantear la legitimación pasiva de otra empresa no demandada que podría resultar condenada, solidaria o subsidiariamente, y en condiciones de dar cumplimiento al fallo estimatorio, con lo que aquél vería liberada su responsabilidad⁵³¹, la prescripción de cantidades o la caducidad de la acción. Este proceso y no el ulterior necesario para impugnar el acto administrativo denegatorio del organismo público es el oportuno para plantear la excepción según dispone el art. 23.5 LJS. Así se alivia a los tribunales de las extensas argumentaciones vertidas en sus pronunciamientos anteriores a la vigente ley procesal. En todo caso, se mantiene la distinción entre la vinculación plena o limitada de la sentencia que ulteriormente implique su responsabilidad legal. La primera se produce con su emplazamiento preceptivo, en caso contrario la limitación alcanza hasta la naturaleza y cuantía de la deuda empresarial⁵³².

Admitiendo que la forma de forzar de oficio o a instancia de parte -mediante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario-, la intervención del FOGASA en estos procesos se trata como situación litisconsorcial. El TS⁵³³ tras un extenso recorrido doctrinal concluyó que la atípica y peculiar posición de este organismo, aún no ajustándose a los cánones de intervención diseñados para el proceso civil, «está plenamente justificada por el carácter provocado de su presencia en el proceso, por su naturaleza jurídica pública como institución de garantía legal subsidiaria y por la defensa de los fondos públicos cuya gestión tiene encomendada, que sólo puede llevar a cabo eficazmente, si se le otorgan todos los poderes procesales necesarios para ello»⁵³⁴, y esta fue precisamente la doctrina acogida por el art. 23 LJS en su mayoritaria nueva redacción.

- Procesos sobre fijación de fecha de disfrute de vacaciones cuando el objeto de debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores

El conflicto que el trabajador o trabajadores judicializan en torno a la fecha de disfrute de vacaciones que por la empresa se les impone o que pretenden, implica en ocasiones además a otros trabajadores si se hacen valer en favor de la petición preferencias respecto a ellos. En estas situaciones, el art. 125 d) LJS prescribe un litisconsorcio pasivo necesario disponiendo que «cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandado». Es evidente que la situación del o los trabajadores con quien se disputa la concreción del descanso vacacional no podría ser determinada o afectada en cumplimiento de la sentencia si en ese proceso no hubiesen sido oídos como parte. Pese al evidente fundamento de este escenario de litisconsorcio pasivo legal, la legitimación compartida puede

531 STS de 24 diciembre de 1999 (RCUD núm. 875/1999).

532 ROCA MARTINEZ, J.M., «Las partes en el proceso laboral», *Relaciones Laborales*, N° 1, Enero 2013, Año 29, tomo 1, LA LEY, Madrid, p. 77.

533 STS de 22 de octubre de 2002 (RJ 2003/1904), F.J. 8°.

534 Véase «Las partes procesales» de ALEMAÑ CANO, J., en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), en *El proceso Laboral*, Tirant lo blanch, Valencia 2005, pp. 221-227.

plantear problemas de identidad en torno a los trabajadores que se debe demandar, dificultad que sólo al actor compete salvar como carga procesal. Así lo ha destacado la doctrina⁵³⁵ señalando, además, que serían necesariamente demandados la comisión negociadora del convenio o los representantes legales de los trabajadores cuando el calendario vacacional haya sido fijado por convenio colectivo o acuerdo de la empresa con aquéllos, respectivamente.

- *Procesos sobre impugnación de laudos arbitrales*

Por distintas razones derivadas de sus respectivas regulaciones jurídicas, puede afirmarse que tanto el procedimiento arbitral como el proceso de impugnación de laudos arbitrales se caracterizan por favorecer una amplia legitimación en sus posibles intervinientes. Como se ha indicado⁵³⁶, la insuficiencia del precepto (art. 76.5 ET) respecto a la legitimación pasiva en las reclamaciones en materia electoral por el procedimiento arbitral ha hecho que la doctrina fuerce al árbitro, si no a -por imposible- citar a todos los que pudieran verse afectados por el laudo por ostentar un interés legítimo, a admitir la personación de todos ellos.

En cuanto al proceso, el art. 129.1 LJS dispone que «la demanda deberá dirigirse contra las personas y sindicatos que fueron partes en el procedimiento arbitral, así como frente a cualesquiera otros afectados por el laudo objeto de la impugnación», pero además el control de oficio sobre estos escenarios de litisconsorcio pasivo necesario queda reforzado -sobre las obligaciones derivadas del art. 81.1 LJS- cuando a continuación el art. 130 LJS establece que «si examinada la demanda el secretario judicial estima que puede no haber sido dirigida contra todos los afectados, citará a las partes para que comparezcan ante el órgano judicial, dentro del día siguiente, a una audiencia preliminar en la que éste, oyendo a las partes sobre la posible situación de litisconsorcio pasivo necesario, resolverá sobre la misma en el acto». Pasa así la competencia del juez al letrado J. Se ha destacado que la audiencia preliminar con una clara función de subsanar la falta de litisconsorcio, es la única manifestación en la LJS de la prevista para el proceso ordinario civil⁵³⁷, por lo que deberá atenderse a las previsiones del art. 210 1 y 2 LEC para este trámite. A estos datos se suma la legitimación de sindicatos, empresarios y componentes de candidaturas no presentadas por sindicatos, que podrán comparecer como parte cuando tengan interés legítimo (art. 131 LJS) que se ha venido considerando innecesario, y determina que su comparecencia voluntaria, según su interés, les colocará en la posición de codemandantes o de codemandados⁵³⁸. Las previsiones transcritas mantienen idéntica redacción que la de la LPL (1995), a salvo del traslado de competencia indicado.

A pesar de la complejidad de algunas pretensiones en torno a la impugnación del laudo, el tribunal competente en la instancia practica un riguroso control en relación con la presencia en el proceso de todos los afectados por el laudo impugnado, aún no habiendo sido parte en el arbitraje.

535 BLASCO PELLICER, A., «Proceso de vacaciones», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El proceso laboral*, Vol. I, cit., p. 723.

536 BLASCO PELLICER, C., «Procesos en materia electoral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El proceso laboral*, Tomo II Tirant lo blanch, Valencia 2013, p. 1439.

537 MERCADER UGUINA, J.R., «Artículo 130. Litisconsorcio pasivo necesario», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora...*, cit., p. 849.

538 QUESADA SEGURA, R., «Artículo 131. Legitimación de sindicatos y empresario», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social*, cit., p. 707.

Así lo demuestra la SAN de 17 de octubre de 2012 (Proc. 168/2012)⁵³⁹ cuyo resumen informa de que «Se pretende con carácter principal que se declare la nulidad del laudo y su aclaración, y con carácter subsidiario la de ciertas disposiciones del mismo, en atención a su carácter ultra vires, la transgresión de normas fundamentales del procedimiento y su ilegalidad, girando la mayor parte de las alegaciones en torno a si el laudo podía o no afectar a Iberia Express como lo ha hecho y sin darle la correspondiente audiencia. Se estima de oficio excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que la cuestión debatida afecta a esta sociedad de modo directo, por lo que debe dársele la oportunidad de personarse en el pleito para salvaguardar su derecho a la tutela judicial efectiva».

- *Procesos sobre movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, cuando el objeto de debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores*

Como en otras modalidades procesales, la LJS dispone (art. 138.2) que cuando la pretensión (el «objeto de debate», dice) verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, estos también deberán ser demandados con el empresario. La situación se daría cuando «el empresario no hubiese respetado las preferencias legal o convencionalmente establecidas a que se refiere el art. 40.5, relativo a los traslados o desplazamientos, o a las eventuales preferencias pactadas en convenio colectivo o en el periodo de consultas en materia de modificaciones sustanciales de condiciones o en los casos de suspensión de contrato o reducciones de jornada»⁵⁴⁰.

En el mismo apartado configura un segundo litisconsorcio pasivo necesario respecto a los representantes de los trabajadores cuando la decisión empresarial colectiva impugnada cuente con su conformidad, y si se alcanza el acuerdo una vez iniciado el proceso, deberán ser llamados a juicio⁵⁴¹. Con ello se da entrada «en el debate procesal a criterios de orden general, relativos (...) a la conveniencia o racionalidad de la medida (...) a la vista de nuestro sistema dual de representación de los trabajadores, dentro de la empresa en cuestión pudieran existir representantes a favor de la medida (por ejemplo los sindicales, que tienen prioridad a efectos de consulta y negociación) y representantes en contra (por ejemplo los unitarios), para los que, sin embargo, no se prevé ninguna vía especial de llamada o comparecencia»⁵⁴². A esto se suma, cuando se pide tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, la obligada intervención como parte del Ministerio Fiscal.

539 Comentada por FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «Nulidad de impugnación de laudo por la omisión de litisconsorcio pasivo necesario», *Aranzadi Social*, Nº 15/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\927) y por DÍAZ ÁLVAREZ-MALDONADO, P., «Nulidad de actuaciones: falta de litisconsorcio pasivo necesario», *Aranzadi Social* núm. 1/2013, Aranzadi, Pamplona, 2013 (BIB 2013\805).

540 OLARTE MADERO, F. y SALA FRANCO, T., «Modalidad procesal de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El Proceso Laboral*, Tomo I, cit., p. 966.

541 DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Artículo 138. Tramitación.», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora...*, cit., p. 879.

542 Preparado inicialmente conforme a la LPL-1995 por JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, revisado en la edición de 2011 con la colaboración de NURIA P. GARCÍA PIÑEIRO, y actualizado conforme a la LRJS-2011 (reformada en 2012) con la colaboración de MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES, en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción...*, cit., p. 732.

- La modalidad para el ejercicio de ***Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente*** no incluye ninguna mención sobre posibles preferencias y debida constitución de un litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo puede darse perfectamente. La Sentencia del Juzgado de lo Social N° 33 de Barcelona de 1 de septiembre de 2015 (Roj: SJSO 56/2015) argumentó sobre ello en estos términos: «no descarta este magistrado que tal situación pueda producirse en este tipo de procedimientos y, por consiguiente, ser apreciada judicialmente, cuando resulte claro y manifiesto que la estimación de la pretensión conciliadora afecte -indefectiblemente- a otros/as trabajadores. Tal sería el caso, por poner un ejemplo paradigmático, del trabajador/a único empleado del turno de tarde en establecimiento comercial que postula pasar al turno de mañana, asignado al otro único empleado del mismo establecimiento. La afectación resulta clara e ineludible y, por consiguiente, también la situación litisconsorcial. En todo caso, corresponderá a la demandada la carga de alegar y acreditar la concurrencia de tal situación, no bastando una mera alegación genérica al respecto» (F.J. 4º).

- Procesos de oficio iniciados por el SPEE por reiterada contratación laboral abusiva o fraudulenta

El art. 147.3 a) LJS implica como partes -aunque con limitaciones propias de los procesos de oficio- en la demanda del SEPE a la empresa y al trabajador que ha sufrido la reiterada contratación temporal abusiva o fraudulenta, pero éste co-litiga como parte activa en cuanto que ha sufrido esa situación. Desde luego no es un litisconsorte pasivo necesario. Sin embargo, en empresas de trabajo temporal y para el caso de que la misma empresa usuaria sea la destinataria de la prestación de servicios del mismo trabajador cedido, se plantea la hipótesis del litisconsorcio pasivo necesario y la responsabilidad solidaria tanto de la Empresa Temporal de Servicio como de la usuaria en el pago de las prestaciones y las cotizaciones. También cabe interrogarse en el mismo sentido cuando han sido distintas empresas de un mismo «Grupo» quienes han participado en esa forma de contratación laboral.

- Procesos de Seguridad Social para la impugnación de altas médicas

El art. 140. 3. a) LJS contiene varias situaciones de litisconsorcio pasivo necesario en relación con esta pretensión procesal:

- Si además de impugnar el alta médica se cuestiona la contingencia, habrá de codemandarse a la empresa.
- Si el alta médica ha sido decidida por el servicio público de salud –médico del ambulatorio o centro de salud, o por la Inspección médica- se codemandará a éste y al INSS.
- Si el alta médica ha sido decidida por el INSS o ISM y es responsable de la prestación una MCSS se demandará a ambos.
- Aunque no se aluda a mencione en el precepto, entiendo que con independencia de que el alta la haya decidido el INSS o ISM, la Mutua o el Servicio Público de la Salud, si la empresa es responsable de la prestación por incumplimientos en materia de Seguridad Social o de normas sobre prevención de riesgos laborales deberá ser demandada también.

- *Procesos para la determinación de la contingencia o de la falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional*

Del art. 142.2 LJS puede deducirse que el litisconsorcio pasivo necesario incluye al INSS o ISM, a la empresa y según el aseguramiento de las contingencias profesionales, en su caso, a la Mutua.

- *Procesos de Seguridad Social por accidente de trabajo o enfermedad profesional*

Del artículo 142 LJS se deduce la necesidad del litisconsorcio pasivo en prácticamente todos los procesos sobre reconocimiento del derecho a prestaciones contributivas de la Seguridad Social. El precepto contempla la posibilidad de que en prestaciones por AT y EP no se consigne por el actor el nombre de la aseguradora de tales contingencias (situación ciertamente rara) disponiendo que se requerirá al empresario demandado al objeto de que acredite documentalmente con quien tiene cubierto el riesgo. Se da por impuesto y por supuesto que en esos procesos la empresa es necesariamente demandada. Además, si la cobertura es con Mutua, su legitimación es consecuencia de su responsabilidad prestacional y, en todo caso, como el INSS es el organismo competente para reconocer y gestionar el derecho a estas prestaciones, pues otro tanto. Debe añadirse también que si el empresario ha incumplido sus obligaciones de aseguramiento la necesaria presencia del INSS se impone, además, como responsable subsidiario en cuanto que integró el desaparecido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, y por igual motivo la TGSS que asumió las competencias del que fuera el Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales.

En relación con la TGSS, y fuera del caso señalado, no ostenta una necesaria legitimación pasiva que le convierta en litisconsorte, sin perjuicio de que pueda personarse y ser tenida por parte «en los pleitos en materia de prestaciones de Seguridad y, en general, en los procedimientos en los que tenga interés por razón del ejercicio de sus competencias» (art. 141.1 LJS). Situación ésta que apunta más a un litisconsorcio pasivo sobrevenido voluntario. Sin embargo en las demandas sobre prestaciones de Seguridad Social ha sido y sigue siendo habitual dirigir la demanda frente a ella junto con el INSS, incluso en materia de protección por desempleo y más aún, incluso para pedir o discutir el reconocimiento de este último derecho a nivel asistencial pese a su falta de legitimación pasiva.

- *Procedimiento de oficio y de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales* (151 5 y 6 LJS)

Entre los requisitos de la demanda de oficio (art. 149 LJS) se exige la expresión de las personas contra las que se dirige. Asimismo, en caso de acuerdo de suspensión, reducción de jornada o extinción impugnado, se identificarán las partes que intervinieron en el mismo, así como los datos identificativos de los trabajadores afectados.

En el procedimiento de impugnación de actos administrativos, el art. 151. 5 determina la legitimación pasiva de la Administración o Entidad pública autora del acto.

- *Conflictos colectivos*

La regulación del proceso de conflictos colectivos (arts. 153-162) no dice nada sobre la legitimación pasiva. Si el convenio no se ha impugnado y se impugnan actos que se produzcan

en su aplicación a través de los conflictos colectivos (art. 163.4) se estará a lo dispuesto en el art. 165.2, que se atiende a continuación. Así que la legitimación dependerá del ámbito del conflicto, de quien o quienes demanden⁵⁴³ y de la pretensión concreta. Aunque la Sala Cuarta aclaró que el art. 154. «Legitimación activa» debe ser también referente para la pasiva, no existen más que reglas generales doctrinales y pautas aportadas por la casuística judicial para concretar quienes deben ser demandados⁵⁴⁴.

Por ilustrar lo dicho, se citan dos sentencias de la Audiencia Nacional, ambas de 2 de julio de 2015. La primera (Roj: SAN 2667/2015) estima de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario porque el sindicato actor que demandó a la empresa y a las secciones sindicales pretendía que se declarasen el derecho de los representantes de los trabajadores a participar en la negociación del contrato de prestación del servicio de comedor con la empresa adjudicataria y la supresión del incremento impuesto en los precios del servicio en dos centros de trabajo. Pero no demandó a la empresa adjudicataria de ese servicio con quien la empleadora había pactado el incremento en el contrato de arrendamiento de servicios. La Sala fundamenta su pronunciamiento en que si se estimase la supresión se vaciaría de contenido sustancial a este contrato, por lo que la adjudicataria ostenta legitimación pasiva (F.J. 3º).

La segunda Sentencia (Roj: SAN 2666/2015) estima parcialmente la excepción alegada por tres de las demandadas. Considera que debió ser demandado también el comité intercentros pero no así la mesa de negociación respecto a quien también se afirmó su legitimación pasiva a través de la excepción. La pretensión se concretaba en impugnar una convocatoria para la cobertura temporal de plazas vacantes con fundamento en que se exigía ostentar la condición de fijo de plantilla para participar en la misma. La Sala justifica la estimación parcial de la excepción en que «en la mesa de contratación (...) en la que se acordó la convocatoria impugnada, participaron tres miembros del comité intercentros en representación de dicho órgano unitario, se hace absolutamente evidente la necesidad de demandar al citado comité en el presente procedimiento para preservar su derecho de audiencia, defensa y contradicción, por lo que estimamos la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al ser necesaria su presencia en el litigio. - No sucede lo mismo con la mesa de contratación, aunque fuera la mesa como tal quien impulsara la convocatoria reiterada, puesto que la mesa como tal no tiene personalidad jurídica, tratándose de una herramienta auxiliar, de la que se dotan los negociadores del convenio, para el cumplimiento de sus fines, de manera que no es necesario demandar a la mesa, siempre que se demande a las empresas y al comité intercentros» (F.J. 3º).

- Impugnación de Convenios colectivos

El art.165.2 LJS dispone la legitimación pasiva de todas las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio, y el Ministerio Fiscal siempre será parte en este proceso (apdo. 4º). Para su identificación se exige la relación de las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio impugnado [art. 164.1 c)]. Resulta muy clarificadora y contundente a este respecto la STS de 3 de febrero de 2015 (Rec. núm. 64/2014) en la que entre

543 GALIANA MORENO, J.Mª, «Artículo 154. Legitimación activa», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 863.

544 GARCÍA RUBIO, M. A, «El proceso de conflictos colectivos», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El Proceso Laboral*, Tomo I, cit., pp. 1268-1269.

otras cuestiones resuelve sobre una alegada falta de litisconsorcio pasivo necesario por cuanto no fue demandada la representación unitaria de la empresa, el Comité. Pero habiéndose negociado con las secciones sindicales, legalmente posible por tratarse de convenios de empresa o de ámbito inferior, no ha de ser demandado aquél, sin perjuicio de que «podría haber hecho valer su derecho para integrarse como parte de la relación procesal» (F.J. 2º).

- *Impugnación de los estatutos de los sindicatos y de los de las asociaciones empresariales*

El art. 173.2 LJS configura el litisconsorcio pasivo necesario otorgando legitimación pasiva a los promotores del sindicato, a los firmantes del acta de constitución, así como a quienes representen legalmente al sindicato si éste ya ha adquirido personalidad jurídica. Por su parte el art. 176 remite a los trámites de las modalidades anteriores.

- *Tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*

La regulación de la modalidad especial de tutela contempla en materia de legitimación varios escenarios de litisconsorcio pasivo necesario, alguno de litisconsorcio activo voluntario y varios de litisconsorcio pasivo voluntario. El más relevante es el primero. La necesaria intervención del Ministerio Fiscal como una de las garantías esenciales del procedimiento de tutela (art. 177.3 LJS) es trasladada asimismo a todos los procesos del art. 184 LJS que necesariamente deben tramitarse a través de su modalidad correspondiente. En ellos se aplicarán «las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal» (art. 178.2 LJS).

La legitimación que se otorga a cualquier sindicato para la tutela de de los derechos de libertad y huelga (art. 177.1), es ejercitada en muchas ocasiones por una pluralidad de ellos que conjuntamente inician el proceso, lo que permite calificar al escenario de litisconsorcio activo voluntario. Así mismo, el propio precepto y cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios otorga legitimación pasiva a terceros vinculados al empresario por cualquier título, situación que en su enjuiciamiento concluiría o no en un litisconsorcio pasivo necesario.

Por último, las víctimas de acoso pueden optar por configurarlo, en función de que su pretensión incluya o no lo haga la petición de condena junto con el empresario del causante directo de la lesión. También deberá codemandar al último cuando pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dicte (art. 177.4 LJS).

c) Escenarios de litisconsorcio por apreciación judicial. La definitiva apreciación de la necesidad del litisconsorcio corresponde al tribunal, y para esa decisión debe atenderse en la mayoría de los conflictos a la relación jurídico material en cuestión que presentando una pluralidad de titulares (carácter unitario de la relación) sólo podría ser afectada por la resolución judicial con la presencia de todos ellos; únicamente así la sentencia resultaría eficaz. La interpretación jurisprudencial sobre esta cuestión, sin embargo, ha tendido a ampliarse mediante la afectación de sujetos relacionados de forma imprecisa e indirecta: «existe, pues, litisconsorcio entre todos aquellos sujetos a los que, de un modo u otro, alcanza el derecho material sobre el que se discute»⁵⁴⁵. Esta es la cuestión, se impone en supuestos donde es muy discutible, incluso cuando

545 STS de 23 de noviembre de 1990, F.J. 1º (Roj: STS 8528/1990).

el proceso ha llegado al TS por lo que sobra indicar la exagerada dilación que esto provoca y la lesión al derecho fundamental en su vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en que una errónea apreciación judicial de un litisconsorcio pasivo necesario incurriría.

La jurisprudencia ha apuntado varios fundamentos para justificar en los distintos supuestos que debe resolver el litisconsorcio pasivo que impone: evitar el efecto de cosa juzgada en quien no fue parte, eludir las sentencias contradictorias y la imposibilidad de ejecución de la sentencia. Sin embargo, parece más riguroso acorde con el principio de seguridad jurídica atender, como apunta MONTERO a «la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente de cuál haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerla varias personas o han de hacerse frente a varias personas»⁵⁴⁶. Y esta justificación puede encontrarse, al menos aludida, en algunas sentencias del TS: «Este es justamente el caso del litisconsorcio pasivo necesario, que lo que pondera es una situación de «inescindibilidad» práctica de la pretensión de la tutela que se ejercita en el proceso (sentencia de la Sala I de 28 de octubre de 2003 y sentencias de esta Sala IV de 24 de enero de 1995 2 de marzo de 2000 y 16 de julio de 2004); pretensión que, dada su naturaleza, sólo permite un pronunciamiento unitario, como se advierte en el presente caso, ya que para contratar hay que proponer y además con proponer no basta para satisfacer la pretensión que se deduce, lo que obliga a que en el juicio estén presentes tanto quien tiene la competencia para proponer, como quien la tiene para contratar»⁵⁴⁷.

En ocasiones el TS considera la diferencia entre sujeto legitimado e interesado en el proceso para descartar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. En este sentido delimita: «Son partes propiamente dichas aquellas personas físicas o jurídicas o entidades asimiladas legalmente a efectos procedimentales a la que afecta directa e inmediatamente la parte dispositiva de una sentencia, y son simplemente interesadas aquellas personas que pueden tener interés respecto al sentido que se dé a una controversia aunque no queden inmediatamente afectados por ella»⁵⁴⁸. Pero lo habitual viene siendo que los tribunales defiendan esta pluralidad procesal sobre argumentos que no, por reiterados, se ajustan al espíritu de los escenarios de litisconsorcio legal. Invocan la indefensión ocasionada al tercero interesado en el proceso. Sin embargo, esta situación está salvada, como parecen olvidar, por los principios de audiencia y contradicción y la eficacia *inter partes* de la cosa juzgada. Precisamente siendo la sentencia de fondo que se dicte posible y eficaz sin la presencia como demandado de ese tercero interesado, no pueden extenderse a él ninguno de los efectos de la cosa juzgada por conectado que esté su interés legítimo al objeto del proceso.

Girando sobre la misma cuestión, es también frecuente que los tribunales mencionen la necesidad de evitar la eficacia vinculante –o efecto positivo- de la cosa juzgada material para quien o quienes debieron ser demandados y no lo han sido; para «evitarlo» imponen la ampliación de la demanda frente a ellos. De nuevo se debe incidir en que el régimen jurídico vigente de la cosa juzgada exige identidad en los litigantes de ambos procesos para que el tribunal que resuelve el posterior quede vinculado por lo resuelto con carácter firme en el primero (art. 222.4 LEC).

546 MONTERO AROCA, J., *El Proceso Civil*, cit., 271.

547 STS de 19 de abril de 2005 (RCUD núm. 855/2004), F.J. 5º y STS de 2 de junio de 2014 (RCUD núm. 546/2013), F.J. 3º, entre otras.

548 STS 15 noviembre 2001 (Rec. núm.1190/2001), F.J. 2º y STS de 20 de enero de 2011 (Rec. núm. 93/2010), F.J. 6º, por todas.

Otro razonamiento recurrente circula en torno al deber de evitar sentencias contradictorias. Pues bien, el actor no es responsable del distinto parecer de unos tribunales y otros, y éste no es motivo para convertir discrecionalmente en obligación lo que se presenta como facultad cuya conveniencia sólo incumbe a quien decide ejercitar la acción. En procesos conectados objetivamente sólo por la causa de pedir no puede hablarse de contradicción. Tampoco es previsible por el demandante la mayor o menor habilidad y éxito de la defensa articulada por distintos demandados y en distintos procesos; a lo que puede añadirse que en el sistema judicial español, inexistente la institución del precedente judicial, -que sí la del «autoprecedente» si la sentencia no supera el canon de una especial justificación exigida constitucionalmente-, es más que habitual encontrar pronunciamientos contradictorios en procesos cuya identidad sólo falla porque los actores son sujetos diversos.

La unificación de doctrina prevista en el recurso de casación social y la que diariamente practican las Salas de lo Social de los distintos TSJ, precisamente se orientan a evitar este resultado, las sentencias contradictorias. Por último, por qué no señalar en este estudio que las sentencias estériles que justifican la imposibilidad de enfrentar el fondo de la cuestión litigiosa en esta defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal sin haber promovido su subsanación, revelan la excusa del juzgado para proporcionar a las partes la solución a su contienda.

Un examen detallado de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TS permite concluir que los escenarios dudosos de litisconsorcio pasivo se presentan fundamentalmente en procesos de Seguridad Social y en los conflictos de naturaleza colectiva, en particular en los propios conflictos colectivos y en los de impugnación de convenios colectivos -a pesar de la previsión del art. 164.4 LJS-. Los diversos pronunciamientos emitidos reflejan cronológicamente un antes y un después por la influencia de la doctrina constitucional en torno al art. 81.1 LPL (hoy de la LJS), así como la consideración de los nuevos contenidos de la LEC sobre esta situación de pluralidad subjetiva procesal y sobre la cosa juzgada. No obstante, pueden destacarse dos extremos aun sin superar. Por una parte, ocasionalmente, todavía se obvia aquella doctrina. Por otra, se relativiza el concepto de titularidad compartida en la tutela solicitada, dando prioridad al interés directo sobre la legitimación.

En materia de Seguridad Social son varios los preceptos de la LJS que disponen situaciones litisconsorciales, como se ha visto. Ahora bien, al margen de la previsión del art. 142.1 LJS que da por supuesta la llamada al proceso de la empleadora como demandada, la legitimación pasiva de la empresa en estos pleitos muchas veces es inexistente, salvo que de forma voluntaria o por distintos incumplimientos legales deba asumir una responsabilidad parcial o total en el pago de las prestaciones que acaben por reconocerse a la actora. A pesar de ello, es comúnmente aceptado y practicado entre los operadores jurídicos demandar a la empresa en cualquier proceso sobre reconocimiento del derecho a prestaciones contributivas de la Seguridad Social. El alcance que otorgó el TS a lo dispuesto en su predecesor, el art. 141.1 LPL: «El art. 141 de la actual Ley de Procedimiento Laboral, ofrece pauta suficiente para entender que no es así, puesto que dispone que en todos los procesos de accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuyas demandas no aparezca el nombre de Entidad gestora o aseguradora, el Juez deberá requerir su identificación «al empresario demandado». No es difícil, pues colegir de ello, que persiste la exigencia legal de que, en todos los procesos de tal clase el empresario debe estar presente como parte para que quede válidamente constituida la relación jurídico-procesal. En definitiva, sigue existiendo en el caso un litisconsorcio pasivo necesario de origen legal»⁵⁴⁹ se mantiene por

549 STS de 16 julio de 2004 (RCUD núm. 4165/2003), F.J. 4º.

la Sala, lo que se ha valorado como fruto de una implícita asunción de sus antecedentes legislativos⁵⁵⁰.

El proceso que atendía a una incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo dio la oportunidad al TS de poner de manifiesto no sólo su consideración sobre este precepto, sino la afirmación de la exigencia de llamar al proceso a la empresa como litisconsorte pasivo necesario, derivada de su posición en la relación jurídico material afectada por la tutela solicitada. Entre otros razonamientos el Alto Tribunal justificó su decisión «a las claras» en la dificultad que encontraría la empresa en otros procesos conectados para conseguir que los tribunales no se dejaran influenciar por los razonamientos de la sentencia relativa a la prestación: «La declaración judicial de invalidez permanente total obtenida en este caso por la actora en ausencia de la empresa, ciertamente no vincularía a ésta con eficacia de cosa juzgada al no haber sido parte en el pleito. Pero, en la práctica, dicho pronunciamiento constituiría, dada la autoridad que generalmente se atribuye a las resoluciones judiciales, un obstáculo difícilmente salvable para su defensa en procesos posteriores íntimamente imbricados con este (como son las reclamaciones de recargo por falta de medidas de seguridad, de indemnización al amparo del art. 1.101 del CC o de abono de las mejoras voluntarias pactadas en Convenio Colectivo para tal contingencia) cuyas pretensiones están completamente condicionadas en su existencia y cuantía, al grado de invalidez y a la base reguladora reconocidas en la anterior sentencia. Y si la empresa consiguiera superar el obstáculo y revisar el grado aquí declarado, que no le vincularía con fuerza de cosa juzgada al no haber sido parte en el litigio, podría producirse el nefasto resultado de las sentencias contradictorias que es necesario evitar, por contrario a la seguridad jurídica» (F.J. 5º).

Precisamente esos procesos conectados que señala la Sala Cuarta no pueden ser tratados de forma conjunta para justificar la necesidad del litisconsorcio pasivo. Puede comprenderse que si la prestación demandada en el proceso tiene prevista individual o convencionalmente una mejora, la empresa quede legitimada, puesto que aunque el cumplimiento de la sentencia sea posible sin su intervención en el proceso, el reconocimiento del derecho a la prestación hará nacer automáticamente una obligación de pago para ella, pero, en todo caso, la mejora ha de estar prevista, y no debe admitirse como justificación la eventualidad hipotética de su previsión para todas las prestaciones. Incluso el hecho causante de la prestación podría determinar que la empresa responsable de la mejora fuera distinta de la que, en su caso, resultase responsable total o parcialmente de la prestación discutida.

No se encuentra, sin embargo, razón alguna para dar un tratamiento similar a otras acciones mencionadas por el TS en su Sentencia. Las reclamaciones de recargo por falta de medidas de seguridad o las de indemnización fundadas en la responsabilidad contractual del empleador encuentran una causa de pedir absolutamente extraña a la de reconocimiento de la prestación por más que si se consigue descartar la calificación de contingencia profesional esas acciones pierdan su fundamento constitutivo. En definitiva, no se duda de la necesidad del litisconsorcio pasivo que implica a la empresa o empresas para determinados litigios sobre reconocimiento del derecho a prestaciones -no sólo las que derivan de contingencias profesionales- pero esta afirmación no puede generalizarse al punto de que tengan que retrotraerse las actuaciones al momento de admisión de la demanda cuanto el proceso ha llegado al TS. La empresa interesada

550 Véase MARQUEZ PRIETO, A., *Litisconsorcio en materia de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2000, pp. 53-60.

en estos pleitos -no legitimada pasivamente- seguramente no encontrará dificultad ni en tener conocimiento de la existencia del proceso ni en ser admitida por el juzgado en él como parte demandada, pero las razones de su intervención se orientan a la conveniencia no a la necesidad. Es cierto que en aquellas fechas no existía la previsión del art. 25. 4, en relación con el art. 30 LJS sobre acumulación de acciones ni tampoco la competencia de los tribunales sociales para conocer de la impugnación de actos administrativos en materia de prevención, pero cuando se trata de retrotraer las actuaciones desde la cúspide a la interposición de la demanda ante el juzgado de lo social, quizás cuente a favor del justiciable mucho más el tiempo que otras flexibles argumentaciones.

Cuando el proceso tiene por objeto el reconocimiento del derecho a una prestación ajena a los riesgos profesionales pueden realizarse otras consideraciones y, ya, no sólo en relación con la legitimación pasiva de la empresa sino también valorando la «necesidad» de demandar a la TGSS. Es indudable que los distintos supuestos de responsabilidad prestacional de la empresa y, con ellos, las distintas garantías concebidas legal y judicialmente para salvaguardar el derecho de los beneficiarios –principios de alta presunta o de pleno derecho y de automaticidad de las prestaciones- fuerzan escenarios de litisconsorcio necesario, pero de ello no debe deducirse indiscriminadamente la necesaria presencia de la empresa como demandada en el proceso. En cuanto a la TGSS normalmente codemandada con la entidad gestora, incluso cuando de la protección por desempleo se trata, no puede obviarse su posición subjetiva en las relaciones jurídico materiales de afiliación y cotización que instrumentan el propio derecho a la prestación y su contenido, pero no habiendo objeciones en torno a aquéllas su presencia se limita a la de titular de la Caja única de la Seguridad Social.

La exigencia legal de constituir el litisconsorcio pasivo en el caso concreto la convierte en una cuestión procesal de orden público que obliga al tribunal social a su control de oficio. Este control y la consiguiente advertencia de subsanación dirigida al letrado J, puede consumarse en el trámite de admisión de la demanda (art. 81.1 LJS) que expresamente se refiere a los «presupuestos procesales necesarios», regularizándose su cumplimiento en el plazo legalmente previsto de cuatro días o, del mismo modo, en un momento posterior del proceso. Con esta previsión no debieran de producirse más pronunciamientos que negaron la sentencia de fondo y tuvieron que ser amparados constitucionalmente⁵⁵¹. Desde luego fueron casos aislados porque a pesar de sus fechas la Sala Cuarta no ha dejado de reiterar y acoger la doctrina constitucional según la que «es en la fase de admisión de la demanda cuando ha de tener lugar el requerimiento, también propugna la jurisprudencia que la inadvertencia inicial no precluye la obligación del órgano judicial de poner de manifiesto en un momento procesal posterior los defectos observados» (STC 25/1991) y en relación con el mandato del art. 81.1 que «se trata, no de una mera facultad sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial dirigida a garantizar que los importantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales que pudiera imputársele a aquélla» (STC 335/1994).

551 STC 135/1999. Comentada por ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Ampliación litisconsorcial de la demanda laboral, subsanación de la misma e indebida denegación de acceso a la jurisdicción», *Revista española de derecho del Trabajo*, núm. 99/2000, Civitas, Pamplona, 1999. O la «solitaria» STS de 7 de febrero de 2000 (Rec. núm. 3052/1999) que confirmando la Sentencia recurrida de la AN dejó imprejuizado el fondo del asunto. Comentada por MORENO PÉREZ, J.M., «La subsanación de oficio ante la falta de litisconsorte pasivo necesario: una sensibilidad consolidada a la luz del artículo 420 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Temas Laborales Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 58/2001, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 181-186.

La doctrina jurisprudencial fue más allá puesto que no sólo en la instancia sino también en la fase del recurso devolutivo, aplican el control para imponer esta pluralidad procesal⁵⁵². Desde luego si el tribunal *ad quem* advierte la inutilidad de la sentencia de fondo para su ejecución es necesario que todas las actuaciones previas queden anuladas y se ordene la retracción al momento de admisión de la demanda para su ampliación. En caso contrario, es decir siendo la sentencia de fondo dictada eficaz o útil, no debiera producirse su anulación ni de oficio ni por estimación del recurso de la parte demandada que insiste en la excepción procesal.

Así que la jurisprudencia social no admite que la decisión de traer al juicio a los posibles interesados deba dejarse al arbitrio del demandante. Antes al contrario, considera la obligatoriedad de apreciar de oficio la correcta constitución de la relación procesal⁵⁵³. El TS razona⁵⁵⁴ que en la adecuada constitución de la relación jurídico-procesal se incluyen las situaciones de litisconsorcio pasivo y que su correcta configuración afecta al orden público, por lo que existe una auténtica obligación legal del órgano judicial que ha de apreciarla de oficio (o en su defecto, acogiendo la excepción planteada por la parte), haciendo uso de lo dispuesto en el art. 81.1 LJS, es decir emplazando a la actora para la ampliación de su demanda. Esta doctrina es compartida por la generalidad de las Salas de lo Social de los TSJ, al punto de que resulta relativamente frecuente encontrar sentencias resolviendo recursos de suplicación en los que apreciándose de oficio una falta de litisconsorcio pasivo necesario, se declara la nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda para que precisamente en aplicación del repetido precepto se requiera a la actora para la ampliación de su demanda. El TS -de acuerdo con su doctrina- ha decidido en el mismo sentido en supuestos realmente dudosos, aunque vigente la anterior regulación procesal laboral.

La doctrina constitucional que respeta y remite en este aspecto al criterio mantenido por la jurisprudencia social, ha incluido precisiones sobre la carga de la parte actora en la concreción de quien asegura su legitimación pasiva afirmando la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso de trabajo. No es lo mismo controlar de oficio la posible necesidad de un litisconsorcio pasivo que determinar el sujeto concreto que ha de constituir la parte actora en demandado: «sin que pueda aceptarse el razonamiento del recurrente de que habría tenido que ser el propio Juez el que de oficio hubiera ampliado la demanda al citado Ministerio, pues constituye una carga procesal del demandante la de determinar la legitimación pasiva de la parte demandada, por lo que corresponde sólo al demandante la determinación de los sujetos frente a los que dirige su demanda y no es, desde luego, función del órgano judicial suplir la voluntad de aquél en cuanto a la configuración de la relación procesal, ya que también en el proceso de trabajo rigen los principios dispositivo y de aportación de parte»⁵⁵⁵.

Respecto a la apreciación de oficio en fase de recurso, algún autor⁵⁵⁶ señaló dos obstáculos de índole legal para mantener la aplicación de esta interpretación. El art. 227 LEC⁵⁵⁷ que en el

552 STS de 11 de abril de 2002 (Rec. núm. 1223/2001), F.J. 4º.

553 En su Auto de fecha 7-7-92, el TS señaló que «es sabido que la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal por existencia de litisconsorcio pasivo necesario puede y debe ser apreciada de oficio por los Tribunales».

554 Por todas, véase la ya citada STS (Sala Social), de 16 julio de 2004 (RCUD núm. 4165/2003), F.J. 3º.

555 STC 101/1993, F.J. 4º, criterio reiterado en STC 270/1993.

556 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., pp. 189-190.

557 En vigor desde la reforma operada en la LOPJ por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, 26 diciembre), con la que se dio nueva redacción a su art. 240 con idéntico contenido al señalado art. 247 LEC.

párrafo segundo de su apartado 2º dispone que «En ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese Tribunal», y el hecho de que el art. 420 LEC (Posible integración voluntaria de la litis. Resolución en casos controvertidos de litisconsorcio necesario) parta de su alegación por el demandado -lo que puede interpretarse como exclusión implícita a su apreciación de oficio-. Pero la doctrina jurisprudencial señalada fue y sigue siendo terminante, y muy pronto un pronunciamiento del TS apuntaba a relativizar la prohibición.⁵⁵⁸

Afortunadamente va siendo aislada la sentencia del Juzgado que estimando la excepción no entra a resolver el fondo del asunto litigioso. En este caso la oposición de excepciones procesales subsanables, como el litisconsorcio necesario, no decide al tribunal a suspender el juicio oral, y su estimación, en lugar de llevarle a decretar la nulidad de actuaciones y su retracción a la admisión de la demanda para su subsanación, se manifiesta en una sentencia «estéril». Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social, invoca la doctrina constitucional en torno al art. 81.1 LJS y revocando la sentencia procesal ordena al Juzgado retrotraer las actuaciones para subsanar el defecto y dictar después sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Esta era también la doctrina mantenida por el TS⁵⁵⁹ aunque, ocasionalmente, emitía pronunciamientos en que aceptaba como realidad irremediable que el Juzgado dictase sentencia procesal poniendo fin al proceso⁵⁶⁰.

La apreciación de oficio opera también en fase de recurso, y en parte este es el criterio de la LEC al menos en relación con otros presupuestos procesales. Su art. 227 -y de forma idéntica el art. 240.1 y 2 de la LOPJ- en relación la *Declaración de nulidad y pretensiones de anulación de actuaciones procesales*, dispone con carácter general que la nulidad de pleno derecho, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer a través de los recursos ordenados en la ley contra la resolución de que se trate (Apdo. 1º). Además, -según el apartado 2º del mismo artículo- se establece que el tribunal podrá declarar, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas o de alguna actuación siempre que, no proceda la subsanación y aún no haya recaído el auto o sentencia que ponga fin al proceso, prohibiendo, a continuación, en todo caso, que con ocasión de un recurso, decrete de oficio una nulidad de actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

También el TS -inexistentes todavía los preceptos señalados- parecía considerar una tesis similar -hoy abandonada- cuando interpretaba que el art. 72 de la LPL de 1980 -equivalente al vigente art 81- «impone solamente al magistrado de instancia el examen de oficio de la concurrencia de todos los requisitos generales que en los distintos escritos de demanda exige el precedente artículo 71, para advertir a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido

558 STS 19 abril 2005 (F.J. 3º).

559 Sentencia de 11 de diciembre de 1989 (Roj: STS 11057/1989).

560 Sentencias de 17 de noviembre de 1989 y de 28 de febrero de 1990 (Roj: STS 6452/1989 y STS 17286/1990, respectivamente).

aquél...»⁵⁶¹. Sin embargo, más tarde la Sala⁵⁶² se vio en la necesidad de dotar a aquellos preceptos de una forzada interpretación, precisamente para justificar la imposición en la fase del recurso de casación para unificación de doctrina de un litisconsorcio pasivo necesario. Argumentaba que «el artículo 240.2.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 227.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de interpretarse en el sentido de que el condicionamiento de la petición de parte para la declaración de nulidad de actuaciones, que estos preceptos establecen, ha de referirse a aquellas causas de nulidad que afectan a las partes que han actuado en el proceso y que están presentes en él, pero que esas limitaciones no pueden proyectarse sobre los terceros que debieron ser partes, pero que, por defectos en la constitución de la relación procesal, no han entrado en el proceso y no pueden recabar la tutela que podría corresponderles. En este caso, que es el que aquí se produce en relación con el Obispado, el órgano judicial debe velar de oficio por el derecho a la tutela judicial efectiva de una parte que, en principio y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, podría resultar afectada por el fallo».

Previamente hubo de afirmar la condición de parte del Ministerio Fiscal: «podría entenderse que la Sala no puede suscitar ninguna cuestión de oficio que no esté comprendida entre las excepciones que mencionan los preceptos citados. Pero hay que señalar que el Ministerio Fiscal, que materialmente es parte en este proceso, como más adelante se razonará, ha pedido en su escrito de 5 de abril de 2.005 que se declare la nulidad de actuaciones, con lo que se cumpliría la exigencia de petición de parte» (F.J. 3º), para justificarla más adelante gracias a la apreciación, también de oficio, de otro óbice procesal. La acción ejercitada era de despido pero el TS consideró que la adecuada era la de tutela de derechos fundamentales.

Más allá de la consistencia de los razonamientos de la Sala Cuarta, debe subrayarse que con la prohibición del art. 227.2 LEC el legislador insiste en la necesidad de volcar el control de oficio para regularizar la constitución plural de la *litis* en la instancia, lo que abunda en la tutela del derecho al proceso sin dilaciones indebidas. A la par la posibilidad de apreciar el defecto a solicitud de parte, con el mantenimiento de la excepción procesal en los recursos devolutivos, afirma la salvaguarda del derecho a no sufrir indefensión de las partes. Desde luego los avances jurisprudenciales y, gracias a ellos, legales en la última década han sido exponenciales. El fundamento, tomado de la doctrina de la Sala Primera que al fin ha encontrado calado es el de la «inescindibilidad de la relación jurídica»: «la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles»⁵⁶³. Pero una no deja de preguntarse cómo es posible que antes y ahora se haga necesario pasar por la instancia y por dos recursos devolutivos para volver al origen y obtener una sentencia de fondo dictada en una relación jurídico-procesal debidamente constituida.

561 STS de 15 de diciembre de 1987.

562 STS de 19 de abril de 2005 (RCUD núm. 855/2004), F.J. 3º.

563 STS de 20 de octubre de 2009 (Rec. núm. 147/2008), F.J. 2º.

4. Las sentencias de fondo

Para empezar creo que debe utilizarse el fruto de profundas y laboriosas reflexiones y estudios de la doctrina procesalista que hace ya tiempo nos aprovechan a todos. Se trata de delimitar conceptualmente los términos acción, pretensión y demanda para manejar con mayor consciencia el objeto del proceso, que no es otro que la pretensión procesal. En esta materia se calificó como idea fundamental la siguiente: «concebido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto, de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después de esta iniciación». Idea que resume la «teoría trascendente de la pretensión procesal»⁵⁶⁴.

El mandato a los tribunales desde la Ley del enjuiciamiento común se concreta en que las sentencias además de ser claras -«los pronunciamientos deben ser por sí mismos evidentes; la claridad falta totalmente cuando el fallo contiene disposiciones contradictorias»-, precisas -«significa la posibilidad de que se pueda pasar directamente a la ejecución, sin necesidad de operaciones intermedias»⁵⁶⁵- y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (art. 218.1 LEC). No obstante, su art. 412, al tratar la prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles como uno de los efectos de la litispendencia, se refiere al «objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición...», lo que se ha considerado «gravemente erróneo»⁵⁶⁶. Es necesario, por tanto, incidir en el objeto del proceso (la pretensión) y después en el objeto de debate (la resistencia u oposición) porque, de este modo, estaremos hablando del *tema decidendi* o del fondo de la cuestión litigiosa en la sentencia.

4.1. El objeto del proceso: la pretensión

La pretensión es un acto -se pide- (en cuanto que «es algo que se hace», por tanto no es un derecho, ni tampoco un acto procesal⁵⁶⁷) que contiene el derecho que se pretende, y éste se revela a través de sus elementos: el «fundamento», «la legitimación» y la «petición concreta». En el proceso de trabajo -entre otros- a través del juicio oral puede distinguirse claramente el acto de ejercicio del derecho a la acción del acto de ejercicio de la pretensión completa que, en cuanto al fondo, se desarrolla en aquél. Por ello, se dice: «la acción triunfa siempre», no así la pretensión⁵⁶⁸.

Resulta muy clarificador recordar brevemente «el valor sistemático de la pretensión procesal»⁵⁶⁹ a través de sus referencias fundamentales:

564 GUASP DELGADO, J., *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 57 y 67, respectivamente.

565 MONTERO AROCA, J., *Proceso Laboral Práctico*, cit., p. 427.

566 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 566.

567 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., pp.112-113.

568 FAIRÉN GUILLÉN, V., «De nuevo sobre los conceptos...», cit., pp. 18-19.

569 GUASP DELGADO, J. *La pretensión...*, cit., 89-101.

- La jurisdicción es una función de satisfacción de pretensiones.
- Partes procesales son la que formula y frente a quien se formula la pretensión objeto del proceso.
- La pretensión procesal es el objeto del proceso.
- Los actos procesales se refieren en todo proceso a la satisfacción de la pretensión.
- La demanda, con la que se inicia el proceso, incluye la pretensión procesal, o se refiere a una que más tarde se formulará. En la instrucción y ordenación del proceso (desarrollo) el referente es la pretensión procesal, y la decisión, la sentencia ha de ser congruente con ella.
- Entre los efectos del proceso, la pretensión explica el instrumento de la cosa juzgada en sus efectos y, especialmente, en la satisfacción de la pretensión.
- La pretensión determina el proceso, ordinario o especial, y con ello, el procedimiento y los recursos.

El objeto del proceso se considera la cuestión más compleja en la teoría general del Derecho jurisdiccional y, desde luego, no debido a afanes de controversia doctrinal sino porque su conexión con los derechos y garantías del justiciable y con los deberes del juzgador, en particular, a la hora de cumplir con los requisitos internos de la sentencia (motivación o justificación, fundamentación en Dº, congruencia, exhaustividad y ejecutabilidad) plantea en muchos supuestos dudas en su delimitación. Su análisis se afronta a través de los elementos que lo integran, y aunque los términos tutela solicitada o demandada, pretensión y objeto procesal se utilizan con frecuencia indistintamente, el esquema sobre cualquier relación jurídica, en este caso la procesal, incorpora necesariamente la atención a su objeto.

Asimilando conceptualmente objeto del proceso y pretensión procesal, es bien sabido que los elementos que incluye son la petición o *petitum -petita* si es más de una -lo que puede implicar, aunque no siempre, el ejercicio de más de una acción judicial y con él la incoación de más de un proceso por tratarse de pretensiones no acumulables- y el fundamento o causa de pedir, *causa petendi*, que con frecuencia es plural y precisa una obligada distinción entre sus aspectos fáctico y jurídico (sin olvidar, los subjetivos). O, en términos menos usuales en la práctica forense: un elemento subjetivo (que integra a las partes procesales y al tribunal), otro objetivo (un bien de la vida: cosa o conducta) y otro de actividad (declaración de voluntad, que se concreta en una petición jurídica fundada)⁵⁷⁰. En todo caso, la pretensión individualiza el proceso y con ella, éste se distingue de todos los demás. Sin embargo, no todos sus elementos individualmente considerados cumplen esta función.

4.1.1. La petición

En la petición existe un doble objeto o «realmente, dos peticiones»⁵⁷¹: el inmediato de la pretensión procesal o la solicitud de una concreta tutela jurisdiccional. En el proceso de declaración

570 GUASP DELGADO, J., *La pretensión...*, cit., pp. 69-77.

571 MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., p. 191.

puede ser de condena, mera declaración o constitución. Su objeto mediato o bien jurídico concreto sobre el que se pide la tutela, en las pretensiones de condena es una prestación de hacer, no hacer, dar una cosa específica, cosas genéricas o una cantidad de dinero, y en las pretensiones declarativas y constitutivas se trata de «la situación o relación jurídica, estado jurídico o algún elemento de los anteriores, o en el negocio o acto jurídico (o alguno de sus componentes), sobre los cuales se solicita, respectivamente, la declaración de existencia, inexistencia o esencia, o la creación, modificación o extinción»⁵⁷². La petición, por sí misma, no sirve para identificar la pretensión porque idéntica petición puede sostenerse en muy diversos fundamentos.

4.1.2. La causa de pedir

El segundo elemento objetivo, la causa de pedir, ha venido y sigue siendo objeto de polémica y discusión doctrinal y jurisprudencial. Las discrepancias se refieren a su conformación sólo por los hechos o también por la fundamentación en Derecho que aportan las partes en favor de sus peticiones (y esto si la aportan puesto que la demanda laboral no exige legalmente como contenido general fundamentos de derecho). Siendo así, también el defecto de incongruencia sufre en algunos supuestos la consecuente indefinición. En el art. 218.1 LEC, y en lo que se identifica como el requisito de congruencia de las sentencias, se dispone que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. Con ello puede concluirse, en principio, que el legislador integra en la causa de pedir tanto los hechos alegados por las partes procesales como sus fundamentos jurídicos.

Esta afirmación queda reforzada por la regla preclusiva sobre la carga de la alegación (art. 400 LEC) que afecta de forma expresa tanto a los hechos como a los fundamentos o títulos jurídicos, a la que se asocian los efectos de litispendencia y cosa juzgada. Sin embargo, no debe despreciarse un mínimo recorrido doctrinal que ha sido y es necesario por las controversias que aún se suscitan judicialmente en términos de congruencia, exhaustividad, motivación y pronunciamientos debidos en relación con el objeto del proceso.

a. *El fundamento fáctico de la causa de pedir*

Para ORTELLS, la causa de pedir consiste «en un conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la petición», se trata de hechos históricos, acontecimientos concretos de la vida social, no contando aquellos que resultan jurídicamente irrelevantes o indiferentes. Así la define también MONTERO, y distingue en ellos los hechos constitutivos, sobre los que nos detendremos después, de los hechos que identifican la pretensión del actor y la causa de pedir que «son sólo una parte de los anteriores y no se refieren a la estimación de la pretensión del actor por el juez, sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones»⁵⁷³. Multitud de tutelas cognitivas sociales se sostienen a diario en los mismos hechos constitutivos, al menos en términos generales: el contrato de trabajo. Sin embargo, los hechos jurídicamente relevantes se configuran a partir de una parte de los últimos a los que se suman los que concretan el conflicto preciso entre empresa y trabajador derivado del contrato. Tampoco forman parte de ella los argumentos, los medios

572 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., pp. 268-270.

573 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., pp. 574-575.

de prueba, ni las normas o principios jurídicos, en construcciones o calificaciones jurídicas⁵⁷⁴. No obstante, también hay en la doctrina quien integra la causa de pedir no sólo con los hechos alegados por las partes sino por éstos enmarcados en la fundamentación jurídica que se quiere hacer valer, vinculando al tribunal a la argumentación jurídica atribuida a los hechos que aquéllas proponen aunque no a las concretas normas invocadas en sus fundamentos de Derecho⁵⁷⁵.

Más preciso resulta distinguir el caso en el que unos mismos hechos admiten calificaciones jurídicas diversas porque se contemplan en dos normas. Supuesto éste en que la calificación aportada por la parte condiciona la petición concreta y sí delimita el objeto del proceso, y con él la congruencia y la cosa juzgada⁵⁷⁶. Este criterio es coherente con la literalidad de la LEC según la cual, se reitera, el tribunal resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes –principio *iura novit curia*⁵⁷⁷–, sin apartarse de la causa de pedir. A este respecto es esencial, como se ha reiterado por la doctrina⁵⁷⁸, no confundir «*fundamentación*» que incluye: la forma de presentar los argumentos, los preceptos legales y los principios jurídicos citados y el sentido que se les da, la doctrina jurisprudencial alegada y su pretendida interpretación, con «*fundamento*» que es lo que vincula al juez. Así la regla *iura novit curia* comporta que el Derecho no tiene que ser probado (salvo el extranjero y la costumbre), que el tribunal puede y debe aplicar el Derecho como estime más oportuno respetando el *fundamento* o causa de pedir, y que el tribunal y los otros litigantes han podido conocer y afrontar el auténtico *fundamento* de la pretensión.

Bajo estas premisas la aplicación de la regla no determinaría incongruencia en los siguientes casos⁵⁷⁹:

- Cuando se cita erróneamente una o varias normas positivas, pero de lo alegado y pedido se deduce sin duda la o las que se pretende hacer valer. Cuando se omite la cita pero está claro que la parte se apoya en ellas.
- Cuando está claro el principio general del Derecho pero se ha citado incorrectamente.
- Cuando se califica o designa erróneamente el negocio jurídico en que se funda pero se puede deducir de las alegaciones y peticiones.
- En el mismo caso, cuando el error incide en la calificación jurídica de un hecho o circunstancia del fundamento y, por último,
- Cuando en la argumentación jurídica del litigante existen contradicciones internas, confusiones o errores, pero el *fundamento* puede deducirse de los hechos que alega, de su petición y de las argumentaciones jurídicas que expone.

574 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., p. 271.

575 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 115.

576 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 574.

577 Para un estudio en detalle de la máxima, véase ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *IURA NOVIT CURIA La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

578 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 69-71.

579 *Ut supra*, pp. 70-71.

La aparente claridad de estas distinciones no siempre es tal, al menos para mí. Supongamos el caso de un trabajador despedido donde subyace un móvil discriminatorio o cualquier otra lesión inconstitucional que determinaría la nulidad del despido. En el suplico de su demanda incluye sólo una petición: la declaración de improcedencia, pero los hechos que relata en su demanda y que termina por acreditar fundamentan sobradamente la declaración de nulidad. Estas circunstancias no se deben a la impericia o ignorancia de su abogado sino a que el interesado aspira a no ser readmitido y ver definitivamente extinguida su relación con derecho a la indemnización legal. Pongamos incluso que es él quien ostenta el derecho a optar. En principio, el principio dispositivo y el mandato de congruencia de la sentencia con la petición del actor impedirían un pronunciamiento de nulidad. Todo encajaría en la exposición precedente sobre el fundamento o causa de pedir, calificación jurídica y principio *iura novit curia*, pero la incongruencia vendría de la disonancia entre la petición y el pronunciamiento si la sentencia declarase nulo el despido. Obsérvese, que la primera postura lo que excluye realmente de este elemento objetivo es la calificación jurídica, lo que podría determinar una petición no apropiada porque los hechos alegados y probados merecen otra tutela concreta no articulada voluntariamente, en esta hipótesis. De la mano de la doctrina procesalista se intentará aclarar después, en el fundamento jurídico de la causa de pedir.

Retomando la referencia que al comienzo del apartado se ha realizado respecto a los hechos, interesa incidir algo más en los que cumplen la función de identificar la causa de pedir y con ella la pretensión procesal u objeto del proceso. Los denominados *hechos constitutivos* de la pretensión procesal son el conjunto de hechos necesarios y suficientes que, si son alegados y probados, conducen a la estimación de la pretensión. Sin embargo, los que delimitan, individualizan y describen la pretensión a través de la causa de pedir, es decir, los hechos identificadores de la pretensión, no siempre coinciden con los primeros puesto que «no todo hecho constitutivo es relevante para la identificación de la causa de pedir y forma parte de ella»⁵⁸⁰. Así, pueden concretarse los hechos distintivos de la causa de pedir según el tipo de pretensión de que se trate.

En las *pretensiones de condena justificadas en un derecho de obligación* serían los hechos concretos que hacen nacer y adquirir el derecho, configurando cada conjunto de hechos históricamente diferenciados una causa de pedir distinta. Por ejemplo, en una reclamación de cantidad en concepto de horas extras, se tratarían de los tiempos y los días en relación con la jornada legal o pactada. En las *pretensiones de condena justificadas en un derecho real*, sin embargo, integra su causa de pedir la doble alegación de la titularidad actual del derecho real y la del contenido de este derecho, siendo los hechos que hicieron nacer el derecho hechos constitutivos de la pretensión pero no identificadores de la causa de pedir. En las *pretensiones declarativas de carácter positivo* la causa de pedir se identifica, igual que en las de condena, según se pretenda la declaración de un derecho de obligación o de un derecho real, surgiendo los problemas con las *declarativas de carácter negativo* -declarar la inexistencia o nulidad de una relación o negocio jurídico- que puede basarse en diferentes hechos jurídicamente calificables y cada uno de ellos suficiente para fundar la petición. En las *pretensiones constitutivas y modificativas*, la causa de pedir se integra con el conjunto de hechos al que legalmente se vincula el efecto constitutivo, y por último en las *pretensiones constitutivas extintivas*, como por ejemplo la petición de extinción causal *ex art. 50 ET*, queda configurada por todas las causas legalmente previstas que concurriendo en el tiempo quedarían afectadas por la carga de la alegación del art. 400 LEC.

580 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., p. 273.

A este respecto es obligado referirse, sin confundirlas con las facultades procesales o formales –relativas al control de los presupuestos procesales y al impulso procesal-, a las facultades materiales de dirección del juez y con ellas al principio de aportación: la parte actora en el proceso determina su objeto al fijar lo que pide, *petitum* (concretando la clase de tutela judicial y el bien a tutelar) y porqué lo pide, *causa petendi*, a través de hechos de los que el juez no puede apartarse para estimar o desestimar la pretensión⁵⁸¹. La parte demandada concreta el objeto de debate negando los hechos afirmados por la demandante o afirmando otros. En este caso amplía los términos del debate y completa el objeto de la decisión judicial, por lo que «el juez no puede delimitar, mediante aportaciones propias de hechos, ni el objeto del proceso, ni el objeto del debate»⁵⁸². Pero con ello, además, se determina lo que debe probarse, el tema de la prueba. Es decir, de los hechos afirmados por las partes los que resulten controvertidos, lo que no significa que el juez pueda desconocer al dictar sentencia los afirmados por ambas partes o por una y admitidos por la otra, no necesitados por tanto de prueba⁵⁸³.

En relación con esta distinción se ha matizado que: «...la expresión poderes de dirección material se referiría a las atribuciones del órgano jurisdiccional respecto de la materia, “res de quo agitur”, sobre la que versa el proceso. Y si hemos establecido como regla general la indisponibilidad del objeto del proceso para el Juez, o lo que es lo mismo la plena disposición del actor sobre el mismo, habría que inferir que en el proceso sólo existen en principio poderes de dirección formal. A pesar de ello nos parece acertada esta división tradicional que hace la doctrina entre facultades de dirección material y formal, que en materia probatoria sirve para poder apreciar cuando el Juez puede, sin necesidad de previa iniciativa de parte, practicar algún medio de prueba o ampliar el objeto de la misma»⁵⁸⁴.

b. *El fundamento jurídico de la causa de pedir*

Por lo que a la fundamentación jurídica o derecho aplicable se refiere es obligado partir de los brocardos *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* que «ponen de manifiesto el deber y facultad del juez, primero, de conocer el derecho y, segundo, de aplicar en el caso concreto que juzga la norma adecuada»⁵⁸⁵. Las normas procesales sólo exigen fundamentación jurídica a las partes cuando es preceptiva la intervención de abogado -o de graduado social- en el proceso, e incluso en estos casos la norma invocada «no añade nada a la individualización del objeto del proceso»⁵⁸⁶. Se afirma tajantemente que «la calificación jurídica que se haga o pueda hacerse de los hechos no es elemento identificador de la causa de pedir. Si los hechos son los mismos, la posibilidad de calificarlos jurídicamente de varias maneras (siempre que esto sea posible sin alterar la consecuencia jurídica pretendida), no determina otras tantas causas de pedir, ni objetos procesales diferentes por este último elemento»⁵⁸⁷.

581 MONTERO AROCA, J., *Los principios...*, cit., pp. 74-75.

582 *Ut supra*, p. 75.

583 *Ibidem*, pp. 77-78.

584 DIAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Comares, Granada, 1996, p.12.

585 MONTERO AROCA, J., *Los principios...*, cit., p. 78.

586 *Ibidem*, p. 79.

587 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., p. 279.

TAPIA distingue en el elemento jurídico de la causa de pedir dos subelementos: «a) el punto de vista jurídico (calificación jurídica, razonamiento jurídico o fundamentación jurídica), que no es más que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la Ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que individualiza la tutela específica que pide la parte; es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto y b) el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico; las concretas normas aplicables a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a la consideración del juez. De estos dos subelementos, sólo el segundo es de libre apreciación del Juzgador, según la máxima aludida»⁵⁸⁸.

Pero una distinción tan clara y autorizada no despeja totalmente las dudas. Normalmente el razonamiento, fundamentación o calificación jurídica tiene por base o requiere una o varias normas concretas que se entienden aplicables. Así que si libremente el juez considera otras normas concretas como aplicables y no compatibles con las invocadas por la parte, es posible que irremediamente resulte afectado el primer subelemento jurídico de la causa de pedir. En ocasiones no es fácil desvincular con tanta nitidez la fundamentación jurídica de las partes, de las concretas normas invocadas, al menos con carácter general. Es más asequible observar que el tribunal no comparta la fundamentación jurídica en cuanto razonamiento o interpretación que se sugiere por la parte de un precepto o preceptos concretos, que el desacuerdo sobre las normas concretas, salvo en caso de error por la parte o simplemente por una cuestión de opción ante una alternativa. Según el 218. 1 el hecho de que el tribunal acuda a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer ya supone apartarse de la causa de pedir, y, por tanto, quizás incongruencia. La expresión «fundamentos de Derecho» dificulta su comprensión.

A esto se suma que en el ejercicio y límites de los poderes del juez sobre la calificación jurídica, como concededor del Derecho (*iura novit curia*) debe decidir, porque es su misión (*dabo tibi ius*), entre las distintas calificaciones propuestas por las partes, pero puede tener una propia diferente. Esta posibilidad, la llamada «tercera opinión», es lícita pero ha de hacerse valer sin perjudicar el derecho de defensa de las partes que «no pueden ni deben verse sorprendidas por una opinión (en este caso, decisión) inesperada sobre la que no han podido esgrimir argumentos de defensa»⁵⁸⁹. Puede ser el caso de las tan conocidas Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco de 18 octubre de 2016 (Recs. 1690/2016 y 1872/2016), salvo que quiera observarse en ellas un defecto de incongruencia.

La problemática, por tanto, puede surgir en torno a los términos a comparar: qué ha de ser comparado y entre qué debe haber adecuación o correlación. Es obvio que los dos campos a confrontar son el de la actividad de las partes y el de la actividad del tribunal pero lo que ha de concretarse y en torno a lo que existen opiniones diversas es en relación con qué elementos concretos de ambos términos ha de existir correlación o adecuación y sobre cuales puede innovar el tribunal sin incurrir en incongruencia y también sin causar indefensión.

Antes de examinar las distintas tesis sobre los elementos concretos a comparar conviene recordar que los actos de las partes a los que se atenderá son la demanda y, en su caso, su ampliación u

588 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 120.

589 ALMAGRO NOSETE, J., «Garantías constitucionales del proceso civil», en *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barragues*, Institución “Fernando el Católico” Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983, p. 355.

otros actos de modificación de aquélla admitidos legalmente, la contestación y los posibles actos de modificación de ésta admitidos, la reconvencción y su contestación y, si se producen, los actos de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, así como a las conclusiones de las partes. No siendo suficiente reparar tan sólo en las súplicas de estos actos. En relación con la actividad del tribunal y aunque es tradicional referirse tan sólo a la parte dispositiva de la sentencia, siempre se hace necesario acudir a la motivación contenida en sus fundamentos jurídicos⁵⁹⁰. O, lo que es igual, «al referirse a la actividad del juez se está aludiendo a la sentencia, no sólo a la parte dispositiva de la misma, por cuanto en ocasiones habrá de atenderse a las razones por las que esa parte dispositiva contiene un pronunciamiento determinado. Si la congruencia ha de referirse a la causa de pedir, también ha de incluir la causa de estimar o desestimar la petición de la parte y esto se contiene en la fundamentación»⁵⁹¹.

En este punto no es unánime la doctrina. Algunos autores consideran que sólo el fallo puede resultar incongruente, discrepando además a partir de aquí sobre si en la parte dispositiva debe resolverse sólo sobre el *petitum* o también sobre la causa de pedir y excepciones opuestas por la demandada. En caso negativo, cabría un pronunciamiento implícito sobre las excepciones pero siempre que se motive sobre el mismo en la fundamentación de la sentencia. Faltando, la sentencia incurriría en un doble defecto de motivación e incongruencia. En contra de esta tesis se mantiene que «es un error deducir lo implícito de lo expreso, porque el pronunciamiento es (debe ser) implícito o expreso en sí mismo, sin necesidad de salir fuera de él para descubrirlo»⁵⁹².

La adecuación o correlación concreta con relación a las partes del proceso no presenta discusión. La sentencia no afectará con sus pronunciamientos a quienes no hayan adquirido o hayan perdido la condición de parte en el proceso, ni se pronunciará respecto a las partes en calidad distinta a la que demandaron o fueron demandados⁵⁹³. No son raros los casos en que con amparo en la doctrina «quien pide lo más, pide lo menos» y con desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva, se condena a una demandada con una condición distinta a la inicialmente atribuida en la demanda por la actora tras concretarse y modificarse este extremo en fase de recurso devolutivo corrigiendo así el tribunal la incorrecta articulación de su legitimación pasiva. Situación ésta que conlleva vulneración de los principios dispositivo, de contradicción e indiscutible indefensión producida. Por ejemplo, codemandando solidariamente al cónyuge de la parte legitimada pasivamente en la misma condición de empresario, acreditado, etc., cuando lo oportuno sería, en su caso, codemandar a aquel como titular en proindiviso del cincuenta por ciento de la sociedad de gananciales y con ese límite en su posible responsabilidad patrimonial.

Siguiendo a ORTELLS distinguíamos el objeto inmediato de la petición o *petitum* constituido por la tutela concreta solicitada por el actor y el mediato que se identifica en cada tutela concreta como prestación, relación, acto o negocio jurídico singular sobre el que gira aquélla⁵⁹⁴. Bien pues la congruencia exige un pronunciamiento sobre la tutela pedida, no sobre otra, y el respeto a los

590 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., pp. 467-468.

591 MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos...*, cit., p. 92.

592 PADURA BALLESTEROS, M^a T de, *Omisión de pronunciamiento...*, cit., pp. 356-358.

593 *Ibidem*, p. 468.

594 «Gusta a la doctrina antigua y moderna dividir el suplico en inmediato y mediato. A ambos se extiende el deber de congruencia», PADURA BALLESTEROS, M^a T de, *Omisión de pronunciamiento...*, cit., p. 44.

límites cualitativos y cuantitativos del objeto mediato⁵⁹⁵, aunque se admiten excepciones en los siguientes casos:

- «1) Cuando el pronunciamiento verse sobre cuestiones de orden público procesal apreciables de oficio bien por disposición expresa de nuestro Derecho, bien por disposición jurisprudencial (...).
- 2) Cuando se trate de materias sustraídas al poder de disposición de las partes por el “interés público” que encierran (...).
- 3) Cuando exista un deber legal de pronunciamiento (por ejemplo, de imponer costas).
- 4) Cuando lo que se resuelva pueda entenderse implícitamente incluido en lo que se había pedido. Las declaraciones reiteradas de nuestro Tribunal Supremo sobre la adecuación *sustancial*, no literal, al *espíritu de lo pedido*, no a los términos y palabras redactados en la demanda, han permitido salvar y elaborar toda una teoría sobre la congruencia de los denominados pronunciamientos *prejudiciales*, *necesarios* y *accesorios* que le estarían permitidos al tribunal»⁵⁹⁶.

Pero desde que la LEC complementó el contenido de su art. 399, sobre la demanda y su contenido, con el art. 400 sobre preclusión en la alegación de hechos y títulos o fundamentos jurídicos es obligada su inclusión en el objeto del proceso, aunque realmente su operatividad incida en la litispendencia y, especialmente, en la cosa juzgada. La regla que incluye es la consecuencia de la carga que impone. La petición de la demanda principal o de la reconventional debe acompañarse de todos los fundamentos fácticos y jurídicos posibles, sin posibilidad de hacer reservas para procesos ulteriores con la misma petición. Si no se cumpliera con la carga, en un ulterior proceso operarían los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada respecto a aquéllos. Es lo que se ha denominado «objeto virtual del proceso»⁵⁹⁷. Aunque se pueda dar por sentado que la comprensión del precepto no entraña complejidad, algunos operadores jurídicos asocian la regla y la carga con la acumulación de pretensiones y no es el caso.

Un ejemplo sobre una realidad frecuente puede ilustrarlo. Pensemos en un trabajador con un contrato de trabajo para obra o servicio determinado. Su relación con la empresa contratante se remonta a cuatro años atrás. Comenzó prestando servicios sin contrato ni alta en el régimen general de la Seguridad Social, y así se mantuvo durante siete meses. Después firmó sucesivos contratos de duración determinada bajo distintas modalidades realizando siempre las mismas funciones necesarias y permanentes en la actividad normal de la empresa. Vigente el último contrato, demanda a la empresa pidiendo que se declare su relación indefinida. Así las cosas, cuenta para ello con tres fundamentos que aduce en el proceso para su petición: se trata de las previsiones de los apartados 2, 3 y 5 del art.15 del ET. Esta forma de proceder pondría de manifiesto el cumplimiento de la carga de la alegación del art. 400 LEC. Si, por el contrario, demandase, por ejemplo, con fundamento en los dos primeros apartados y reservándose el tercero, y tras ver desestimada la demanda con sentencia firme iniciase un segundo proceso fundándose en la «carta que se guardó» o que ignoraba –jurídicamente hablando–, operaría sobre él el efecto excluyente

595 ORTELLS RAMOS, M, *Derecho Procesal...*, cit., p. 469.

596 PADURA BALLESTEROS, M^a T de, *Omisión de pronunciamiento...*, cit., p. 45.

597 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso...*, cit. 75-85.

o negativo de la cosa juzgada, exactamente igual que si la primera sentencia desestimatoria firme hubiese enjuiciado su petición sobre las tres alegaciones. Del mismo modo, si inicia dos o tres procesos repartiendo los fundamentos, la litispendencia operaría con su efecto excluyente para los iniciados posteriormente. Con esta norma se trata de combatir de forma más efectiva la práctica que se catalogaba como «goteo de procesos».

4.2. La oposición al fondo del asunto. El objeto de debate: las defensas o excepciones materiales

La contestación a la demanda es el momento en que la parte demandada opone su resistencia, lo que implica siempre la misma petición: no ser condenada⁵⁹⁸, y este acto procesal se produce generalmente con carácter preclusivo. La situación más frecuente es que «acumulen» para esa ocasión distintas excepciones procesales y materiales o defensas de fondo. Pero, respecto a las primeras y en el proceso social, no tendría por qué ser así –como se ha repetido en distintas ocasiones-. La LJS en su art. 85.2, sobre la celebración del juicio, dispone que «el demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes». Por su parte, el art. 405. 2 y 3 LEC, sobre contestación y forma de la contestación a la demanda, en el mismo sentido y de forma más explícita, señala que en ella habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor y que el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales, así como que deberá aducir las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

La excepciones materiales o de fondo, que ahora interesan, no pueden sintetizarse, no puede elaborarse una lista de los argumentos de oposición porque «cada procedimiento tiene su propia connotación y peculiaridad material que impide pensar en lo que en cada momento puede ser opuesto por el demandado, en tanto en cuanto ello dependerá totalmente de cada concreta situación»⁵⁹⁹ pero sí, como hizo la doctrina, concebir una clasificación determinante a efectos de congruencia y de cosa juzgada, que es comúnmente aceptada.

Se distinguen dos tipos de defensa: las alegaciones que buscan una resolución de absolución en la instancia o sentencia procesal -defensas procesales- evitando que se resuelva el fondo de la cuestión litigiosa, y las dirigidas a la desestimación de la pretensión y absolución en el fondo -defensas de fondo-. Siguiendo a ORTELLS, a MONTERO y a TAPIA, recordamos ahora las modalidades del segundo tipo de defensas. Estas son sus variantes:

1. Oposición a la demanda, que consiste simplemente en negar los hechos constitutivos alegados por el actor (art. 429.1 LEC) o, con el peligro que entraña, negar tan sólo la fundamentación jurídica de aquél, ya que «la fundamentación en la resistencia no es necesaria»⁶⁰⁰.

598 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 564.

599 MOLINER TAMBORERO, G., «Demanda, contestación y periodo intermedio», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 28, Madrid, 2001, p. 79.

600 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 565.

2. Objeciones a la demanda, situación en la que la demandada alega hechos nuevos que encajando en el supuesto de la norma cuya aplicación determinaría la desestimación de la pretensión, «contrarrestan las consecuencias que derivan de los hechos constitutivos alegados por el actor».

En el segundo caso, y según la tradicional clasificación doctrinal visible también en las sentencias de TS, la distinción incluye «hechos extintivos, impositivos y excluyentes, según se trate de alegar circunstancias sobrevenidas que eliminan, en todo o en parte, los efectos de los hechos constitutivos de la pretensión actora (hechos extintivos); o de hechos que, sin tener la función de dar vida a una determinada relación jurídica, son esenciales para la existencia de la misma, de tal modo que, si faltan, impiden a los hechos constitutivos desenvolver su normal efecto creador de aquella relación (hechos impositivos); o hechos (ya extintivos, ya impositivos en esencia) que originan un contraderecho del demandado dirigido a enervar el derecho del actor (hechos excluyentes)»⁶⁰¹.

De forma similar, estos hechos nuevos pueden ser *impositivos* o extintivos. Los primeros impiden que se produzcan los efectos previstos para los hechos constitutivos de la pretensión contemporizando unos y otros al nacer el derecho, la relación u otra situación jurídica en que se funda la pretensión procesal. Es fundamental al respecto recordar que la naturaleza constitutiva o impositiva de los hechos depende de su posición «respecto de la consecuencia jurídica pedida en la pretensión procesal» pudiendo los mismos hechos adoptar una cualidad u otra según se utilicen para fundamentar la pretensión o la defensa procesales. Sería el caso de la falta de legitimación pasiva, aunque en muchas sentencias se trate formalmente como excepción procesal, también la ineficacia, inexistencia o nulidad del acto o negocio jurídico en cuestión.

Por su parte, los segundos, los hechos *extintivos* «implican la cancelación o terminación de los efectos de los hechos constitutivos de la pretensión». El ejemplo clásico sería el pago o cumplimiento de la obligación, la condonación o la novación extintiva. Del mismo modo que los impositivos, pueden apreciarse de oficio para salvar el principio de legalidad y no otorgar tutelas infundadas.

3. Alegación de hechos *excluyentes* o excepciones materiales en sentido propio. En esta situación la parte demandada alegaría hechos «que constituyen el supuesto fáctico de una norma jurídica que confiere al demandado un derecho potestativo a excluir la eficacia de la pretensión procesal» pero sin excluir su fundamento. Luego, al demandado le permiten no cumplir⁶⁰², no afectan a la eficacia del acto o negocio jurídico, que es perfectamente válido, ni a un hecho posterior, sino que se trata de un derecho que la Ley reconoce al demandado y que enerva el derecho del actor. Es el caso de la prescripción o de la caducidad. También se denominan obstativos, y han de ser alegados no pudiendo ser apreciados de oficio.

En relación con las distinciones que preceden, creo no equivocarme si digo que incluso a avezados juristas les costaría «a bote pronto» ilustrarlas con ejemplos. Seguramente porque es innecesario en la contestación verbal clasificar cada hecho opuesto, sin perjuicio de que el tribunal

601 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p.34.

602 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., pp. 338-347.

sí debe discernir sobre ellos. La distinción entre los hechos constitutivos y los impeditivos presenta mayor dificultad porque son o no son contemporáneos⁶⁰³. Si reparamos en el contrato, la capacidad para contratar, el consentimiento y sus causas de nulidad -error, violencia, intimidación o dolo-, su objeto y su causa (arts. 1261-1277 CC) y nos centramos en el contrato de trabajo, los posibles supuestos se clarifican. Antes, es esencial tener presente que el rango de unos y otros hechos, no se debe a «su intrínseca naturaleza» sino que depende de su posición «respecto de la consecuencia jurídica pedida en la pretensión procesal». Pero en el proceso de trabajo lo más frecuente es que la parte actora la asuma el trabajador, no la empresa, así que en la mayor parte de los pleitos será la última quien se valga de la falta de capacidad, o de vicios en el consentimiento como hechos impeditivos para su defensa. Ahora bien, si tomase la iniciativa procesal la empleadora pidiendo la nulidad del contrato, los mismos fundamentos operarían como hechos constitutivos.

Un caso más claro es el de los procesos en que se impugna la resolución sobre recargo de prestaciones económicas por AT y EP decidida por el INSS. Cuando la actora es la empresa que ha sufrido el recargo, el fundamento fáctico de su pretensión para excluir el recargo o aliviarlo incluirá hechos relativos a la ruptura del nexo causal o a la valoración de la conducta del trabajador lesionado que excluyan la calificación de accidente de trabajo, en el primer caso, o de hechos imputables al trabajador que concurriendo con la infracción de la empresa atenúen el rigor del recargo. Pero en todo caso, esta variedad de hechos se alegan como hechos constitutivos. Por el contrario, si es el trabajador, o sus causahabientes, quien inicia el proceso pidiendo un recargo que aún no ha obtenido, aquellos hechos alegables por la empresa con idéntica finalidad se configurarían como resistencia, defensas o excepciones materiales o de fondo que operan como hechos impeditivos.

Las anteriores precisiones interesan ahora, y podría decirse que siempre, para delimitar -puesto que de límites conoce la congruencia- si es necesario que los distintos hechos -defensas de fondo de la demandada- hayan sido alegados y, claro, probados por ella para su consideración por el tribunal al desestimar total o parcialmente la demanda o si puede apreciarlos por otras vías -de oficio- sin incurrir en incongruencia. Legalmente, el art. 218.1 LEC al referirse a la congruencia de la sentencias dice que el tribunal resolverá «sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer». Sin embargo la doctrina del TS considera que los hechos impeditivos y los extintivos pueden ser apreciados de oficio, no así los excluyentes que requieren la alegación y prueba de la demandada. A ello añade que también respecto a los hechos constitutivos, que la actora debe alegar y probar, puede apreciar su ausencia aunque la demandada no haya opuesto nada al respecto. Sus pronunciamientos en este sentido son mayoritariamente referidos a procesos sobre el derecho a prestaciones de la Seguridad Social y cuestiones conexas, donde en muchos casos entra en juego la aplicación de la previsión del art. 72 LJS que impide a las partes introducir en el proceso variaciones sobre el objeto del procedimiento administrativo⁶⁰⁴. No obstante, aunque estos datos reflejen la práctica de nuestros tribunales, un sector de la doctrina procesalista⁶⁰⁵ considera que entender todos los hechos impeditivos y extintivos apreciables de oficio y todos los excluyentes sólo estimables a instancia de parte, conduce a una aporía y no tiene fundamento jurídico alguno.

603 Se sigue la exposición de ORTELLS, *ut supra*, pp. 345-346.

604 STS de 3 de marzo de 2016 (RCUD núm. 19/2015), F.J. 2º, por todas.

605 DÍEZ PICAZO, I y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, Colección Ceura, Madrid, 2001, p. 268.

Asimismo, en relación con las excepciones del demandado interesa aclarar si su desestimación exige pronunciamientos expresos o pueden ser objeto de tácita desestimación sin incurrir la sentencia por ello en un defecto de exhaustividad o de incongruencia por omisión. Todo ello para remediarlos a través de los oportunos recursos y evitar el efecto de cosa juzgada material no buscado respecto a determinados extremos.

Ambas cuestiones se vienen resolviendo, aunque no pacíficamente, a partir de la consideración de que los hechos opuestos por la demandada para fundar sus excepciones, sin distinción entre unos y otros, no amplían el objeto del proceso, «los límites de la acción son los límites de la excepción», en tanto que la tutela sigue siendo la pedida por el actor⁶⁰⁶. Pero los distintos efectos, su consideración en el proceso en relación con la carga de la prueba (art. 217.3 LEC) que se impone al demandado respecto de los hechos que opone: «Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior», y la congruencia, son esenciales. Si retomamos el apartado primero del art. 218 donde encuentra su contenido el requisito de exhaustividad de las sentencias: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate», podemos concluir que aún no identificando la pretensión de la demandada –como se viene insistiendo– objeto del proceso e identificándola sólo con su petición de absolución o de no ser condenada, indiscutible pronunciamiento debido en la sentencia se estime o no, el mandato de decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate permite concluir que los hechos opuestos por la demandada, que es realmente lo que configura el objeto de debate, se han calificado también como pronunciamientos debidos de la sentencia. Por tanto, su omisión fácilmente determinaría un defecto de incongruencia por omisión (sin perjuicio de su posible consideración como desestimación tácita a la vista de la motivación de la resolución, en su caso) y, su enjuiciamiento, permitiría la aplicación del efecto prejudicial, positivo o vinculante de la cosa juzgada en un ulterior proceso, incluido el posible efecto excluyente de ese efecto positivo.

A modo de conclusión, no probados los hechos constitutivos alegados la pretensión debe desestimarse haya habido o no oposición con hechos impositivos y/o extintivos. Probados los hechos constitutivos, aunque no se opongan los últimos, si pueden éstos deducirse de las alegaciones del actor, también fracasará la pretensión⁶⁰⁷.

Por último, no debe eludirse el tratamiento legal específico de la compensación y de la nulidad absoluta del negocio jurídico, a mitad de camino entre la excepción de fondo y la reconvencción. Se trata de las tradicionalmente denominadas «excepciones reconconvencionales» (art. 408 LEC). La contestación a la demanda a través de defensas de fondo no da pie a un derecho de réplica para la actora que sí opera para contestar a la reconvencción y, en su caso, a las excepciones procesales opuestas en este trámite (art. 85.3 LJS). Tanto la compensación de un crédito como la nulidad del negocio jurídico se constituyen en hechos oponibles a la pretensión, la primera como hecho extintivo y la segunda como impositivo. Sin embargo, el precepto señalado dispone que si a la pretensión de condena al pago de cantidad se opusiese la existencia de crédito compensable,

606 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., pp. 36-37.

607 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., pp. 346-347.

el actor podrá contestar como a una demanda reconvenicional, aunque con ello el demandado sólo pidiese su absolución y no una condena de saldo a su favor. Para el juicio verbal civil, se dispone que se notifique al actor al menos cinco antes de la vista, al objeto de que pueda contradecirla (art. 438.2 LEC). Esta compensación comprende la legal (arts. 1195-1202 CC) y la judicial que se da cuando el juez la determina por faltar algún requisito legal o cuando no se dan la convencional o facultativa legalmente. Respecto a la conexión de los créditos compensables, la doctrina jurisprudencial civil considera que basta con la subjetiva a la vista del precepto⁶⁰⁸.

En cuanto a la nulidad del negocio jurídico (apdo. 2º), el tratamiento es distinto puesto que alegada por la demandada, si la actora quiere contestarla como si de una reconvenición se tratara debe solicitarlo al letrado J y éste lo dispondrá así por decreto. El apartado 3º cierra el precepto. Ordena que la sentencia dictada resuelva sobre estos puntos a los que otorga fuerza de cosa juzgada. La doctrina académica⁶⁰⁹ afirma que el diverso procedimiento para ambos fundamentos no encuentra justificación razonable e introduce para la nulidad rasgos de inseguridad jurídica: no se fija un plazo, la nulidad del negocio debe ser absoluta y no tiene correspondencia en el juicio verbal civil que sólo trata la compensación y, aunque el tratamiento debe ser el mismo: se propone como excepción o como reconvenición.

Por tanto, se considera una opción del legislador que permite al actor contradecir estas excepciones, porque la naturaleza de las excepciones reconvenicionales no es distinta a la de la excepción material⁶¹⁰.

La LJS también dedica una atención específica a la comensación. El apartado 3º de su art. 85 -Celebración del juicio- dispensa de reconvenición al demandado que sólo pretende la compensación de deudas vencidas y exigibles sin petición de condena. Si la obligación dineraria precisa de determinación judicial, por no ser líquida, «como es el caso arquetípico de una indemnización por daños no pretasada»⁶¹¹, se exigen los mismos requisitos que para la reconvenición en las vías de evitación del proceso. Suma a esta concesión cualquier otro fundamento («pretensión», dice literalmente) que tienda exclusivamente a ser absuelto de la pretensión o pretensiones de la demanda, siendo suficiente que se alegue en la contestación. Como es y ha sido habitual.

5. Estructura de la sentencia

La estructura actual de la sentencia, su percepción a la vista y/u oído se viene manteniendo durante menos tiempo que la que le precedió. Sin perjuicio de otros contenidos obligatorios que se señalan después, el esquema general distingue antecedentes de hecho, hechos probados -casi siempre, y sólo en las dictadas en la instancia-, fundamentos de derecho, fallo e instrucción sobre su firmeza o recurso devolutivo. Todo ello precedido por el encabezamiento que da cuenta

608 ARSUAGA CORTAZAR, J., «Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada», en AA.VV., (Dir., MARÍN CASTÁN, F.), *Comentarios a la Ley...*, Tomo II, cit., pp. 1931-1936.

609 *Ut supra*, pp. 1936-1937.

610 RICHARD GONZÁLEZ, M., *Reconvenición y excepciones reconvenicionales en la LEC 1/2000*, Civitas, Madrid, 2002, p. 65.

611 SEGALÉS FIDALGO, J., «El juicio oral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El Proceso Laboral*, Tomo I, cit., p. 526.

del juez concreto o Sala del Tribunal, con identificación de sus componentes y Ponente de la sentencia, del tipo de proceso y su número, de las partes y de sus defensores y/o representantes, así como de la fecha y lugar, el número de autos o de recurso y el número de la sentencia.

Durante la vigencia de la Ley provisional de 15 septiembre de 1870 sobre organización del Poder Judicial (derogada por la LOPJ) se disponía que: «las sentencias definitivas se formularán con resultandos en que se exprese con claridad y con la posible concisión los hechos importantes que estén enlazados con las cuestiones que haya de resolver el Juez o Tribunal, y con considerandos en que se apliquen las leyes.» (art. 669). La LECA se refería también en su fórmula a los «resultandos» y «considerandos»⁶¹². El Decreto de 4 de julio de 1958, que aprobó el primer texto refundido del Procedimiento Laboral, ordenaba simplemente que «El Magistrado apreciando los elementos de convicción en los resultandos de la sentencia, declarará expresamente los hechos que estime probados» (art. 85), y en la LPL (1980) el precepto correspondiente fue copia literal del último.

La LOPJ introdujo la estructura vigente, y tras la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral (Base Vigésima), el artículo 97 de la LPL (1990)⁶¹³ -cuyo ordinal se mantuvo en la LPL 1995 y en la vigente LJS- incluyó el esquema que continúa hasta hoy. Así las cosas, la mayoría de las sentencias son idénticas en esta cuestión. No obstante cada vez más magistrados perfeccionan la presencia de estas resoluciones a través de una mayor precisión. Se respeta la estructura legal pero con ello facilitan su lectura y comprensión⁶¹⁴ y dan muestra de su esmerado trabajo a sus destinatarios y al público en general. A este respecto, debe indicarse que acaba de publicarse por el CGPJ y por la RAE el *Libro de estilo de la Justicia* (Espasa, 2017) cuyo objetivo es contribuir al buen uso del lenguaje en todos los ámbitos donde el Derecho se crea y se aplica. Esta obra encuentra su sentido en el «*derecho a comprender*».

612 «Las «sentencias definitivas» se formularán expresando: 1.º El lugar, fecha y Juez o Tribunal que las pronuncie; los nombres, domicilio y profesión de las partes contendientes, y el carácter con que litiguen; los nombres de sus Abogados y Procuradores, y el objeto del pleito.

Se expresará también, en su caso, y antes de los «considerandos», el nombre del Magistrado Ponente.

2.º En párrafos separados, que principiarán con la palabra «resultando», se consignarán con claridad, y con la concisión posible, las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente, y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse.

En el último «resultando» se consignará si se han observado las prescripciones legales en la sustanciación del juicio, expresándose en su caso los defectos u omisiones que se hubiesen cometido.

3.º También en párrafos separados, que principiarán con la palabra «considerando», se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso.

Si en la sustanciación del juicio se hubieren cometido defectos u omisiones que merezcan corrección se apreciarán en el último «considerando» exponiendo, en su caso, la doctrina que conduzca a la recta inteligencia y aplicación de esta Ley.

4.º Se pronunciará, por último, el fallo en los términos prevenidos en los artículos 359 y 360, haciendo también, en su caso, las prevenciones necesarias para corregir las faltas que se hubieren cometido en el procedimiento.» (art. 372).

613 «La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo.»

614 Véase Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico (Ministerio de Justicia) https://www.administraciondejusticia.gob.es/.../modernizacion_lenguaje_juridico

Pueden encontrarse, por ejemplo, sentencias dictadas en la instancia en las que el juez, además de numerar los Fundamentos Jurídicos identifica cada uno de ellos con otros contenidos (Convicción, Planteamiento del caso, Aspectos procesales concretándolos, en su caso, Planteamiento del problema, Solución al caso y Recursos, e incluso más específicos) y, en algunos casos, subdivisiones dentro de cada uno. La misma estructura facilitadora se encuentra en sus antecedentes, y donde comienza a convertirse en habitual es en los recursos de casación (términos del debate casacional, síntesis de los hechos relevantes, la sentencia recurrida, la sentencia referencial o de contraste -en unificación de doctrina-existencia de contradicción, alusión y estudio subrayado y separado de normas y doctrina de la Sala, criterio de la Sala y resolución del caso). Sin duda, esta práctica es de agradecer y destaca, en tanto que sus cualidades no son extensivas a la mayoría, todavía.

En realidad esta forma de hacer evidencia el cumplimiento del mandato del art. 218.1 de la LEC que literalmente ordena que las sentencias sean claras y precisas, refiriéndose con ello a la forma en que el juzgador debe expresarse en la resolución⁶¹⁵. La complejidad fáctica, documental y jurídica de muchas controversias exige una extensa redacción que complica el seguimiento, entendimiento y análisis de la sentencia.

En términos generales, son -como se incluye al comienzo del presente Capítulo- los arts. 248.3 LOPJ y el art. 209 LEC los que describen la estructura de toda sentencia. Pero la sentencia social dictada en la instancia se somete a los preceptivos contenidos del art. 97.2 LJS.

5.1. Los Antecedentes

En los antecedentes de hecho, la sentencia debe expresar resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso (art. 97.2 LJS).

El pronombre, está claro, se refiere a los hechos debatidos. Sin embargo, en la mayoría de las sentencias dictadas por los juzgados de lo social y por las Salas de lo Social de los TSJ cuando éstas resuelven en la instancia sus antecedentes de hecho incorporan un recorrido más o menos preciso, y generalmente esquemático y breve, sobre las fases por las que ha discurrido el proceso, desde la presentación de la demanda hasta ese momento: la sentencia. Es curioso que no se objete nada a este respecto desde ningún sector doctrinal a pesar de que en el ámbito judicial esta rutina sea una constante que se mantiene con el paso de los años obviando lo que ordena el precepto. Cabe preguntarse si para los propios juzgadores y para las partes no sería conveniente dar a los antecedentes su destino legal y, con ello, mostrar de forma ordenada, detallada y más clara los extremos fácticos que han sido objeto de debate y acaban precisando prueba para la convicción que se alcanza y se manifiesta en los hechos probados. Creo que sería bueno señalar aquéllos sobre los que existe conformidad y qué documento aportado u otro medio lo acredita por lo que no precisan de debate y, asimismo, en su caso, mencionar las posibles cuestiones procesales suscitadas. Su ejercicio reflejaría un cumplimiento eficaz de las previsiones legales de este apartado y, además, se facilitaría en gran medida la justificación del contenido de los hechos probados que se presentan a continuación. No obstante no puede predicarse lo mismo de las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en las

615 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., p. 463.

que sí incluye como ordena la norma el detalle sobre los extremos que las partes debatieron.

5.2. Los Hechos Probados

El mismo precepto ordena que la sentencia, apreciando los elementos de convicción, declare expresamente los hechos que estime probados. Este segundo gran bloque de la estructura externa de la sentencia dictada en la instancia, queda sustraído de los razonamientos que han llevado al tribunal a las conclusiones fácticas, puesto que la ley dispone su inclusión en los fundamentos de derecho. Añade a ello la precisión de que si no se incluyen en el relato fáctico las afirmaciones consignadas en documento público aportado que cuente con presunción legal de certeza, razonará en particular al respecto en los fundamentos. Esta especificación se considera innecesaria y redundante, además de operativa para otros medios de prueba, sin que por ello se mencionen⁶¹⁶. La LEC (art. 209) del mismo modo remite a los fundamentos de derecho de la sentencia la expresión en párrafos separados y numerados de los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse. Los hechos probados han de expresarse en párrafos separados y numerados, al igual que los antecedentes y los fundamentos de derecho (art. 248.3 LOPJ). En la modalidad de despido (art. 107 LJS) se detallan, además, distintas circunstancias que necesariamente han de integrarse en los hechos probados de la sentencia, pero esta previsión constituye un caso aislado.

Su existencia y suficiencia es crucial: «Constituye este juicio, de hecho, la función primordial de la actividad jurisdiccional que se plasma en la sentencia, dependiente del caso concreto que resuelve, por imperativos de necesaria individualización»⁶¹⁷, y tratándose de una cuestión de orden público procesal, su incumplimiento debe determinar la nulidad de la sentencia. La Sala Cuarta los ha considerado en estos términos: «La declaración de hechos probados debe ser concreta y detallada en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la Ley»⁶¹⁸. Pero es que, además, y en relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina, los hechos declarados probados en la sentencia del juzgado de lo social, sean alterados después o no por la Sala a través del recurso de suplicación, constituyen uno de los elementos clave para que la Sala Cuarta analice la identidad requerida entre la sentencia de contraste y la recurrida y se pronuncie sobre el juicio de contradicción, para admitir o inadmitir el recurso. Hechos no sólo declarados probados, sino jurídicamente relevantes, pero estos parámetros «le vienen dados al TS y no puede alterarlos»⁶¹⁹. La redacción de los hechos probados es tarea del tribunal que decide en la instancia y su inclusión íntegra en los antecedentes de la sentencia dictada en suplicación resulta capital como ha expresado la Sala Cuarta: «la descripción completa de los hechos probados en el apartado correspondiente de las sentencias de suplicación viene también requerida en la vigente legislación procesal laboral por el

616 LUJÁN ALCARAZ, J., «Artículo 97. Forma de la sentencia», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 594.

617 ALMAGRO NOSETE, J., «Hechos probados y nulidad de la sentencia laboral», *Revista de Política Social* N° 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1969, p. 78.

618 STS de 22 de enero de 1998 (Rec. núm. 1701/1997), F.J. Uº.

619 ORTELLS RAMOS, M., «La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de “Unificación de Doctrina” y de “Interés Casacional”», www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf.

decisivo papel que dichas relaciones fácticas desempeñan en el acceso a la unificación de doctrina a través del juicio de contradicción de sentencias de suplicación, y en la selección consiguiente de las cuestiones que son objeto de doctrina unificada»⁶²⁰.

A través de ellos las partes pueden comprobar que los hechos relevantes para el fallo y no controvertidos han sido considerados, la valoración de «certeza» que se ha dado al resultado de los medios probatorios practicados sobre los que han sido objeto de debate, su congruencia con los razonamientos expresados en los fundamentos de derecho en torno a los medios y reglas con los que se ha alcanzado la convicción y con los pronunciamientos del fallo, el respeto a los límites sobre las facultades de libre valoración de las pruebas del juzgador según las reglas de la sana crítica y de la fuerza atribuida legalmente a los documentos públicos y a los documentos privados auténticos (arts. 319 y 326 LEC, respectivamente).

Mas, lo decisivo para la convicción fáctica es razonar en los fundamentos sobre las reglas consideradas para dar credibilidad a una versión frente a su antagónica cuando ha sido así, contradictorio, el resultado arrojado por distintos medios de prueba de las partes. Este aspecto se incluye, como se ha dicho y ordena la Ley, en la Fundamentación jurídica de la sentencia que es el lugar donde ha de localizarse la justificación o motivación fáctica de la sentencia. Su exigencia constitucional, legal y jurisprudencial, y las propuestas de los iusfilósofos para que su práctica alcance sus objetivos, merecen una atención singular y posterior. Sin embargo, este mandato ha sido mitigado por el TS. En ocasiones la parte no encuentra reflejo alguno en los hechos probados del resultado de un medio de prueba practicado a su instancia, por ejemplo de la testifical, pericial o incluso documental. Tampoco localiza en los fundamentos razonamientos al respecto.

Pero la Sala Cuarta interpreta que «para la observancia del precepto no es necesario exponer un discurso minucioso y exhaustivo aplicado a todas y cada una de las pruebas concretas que se hayan practicado, siendo bastante a este propósito con manifestar que por la Sala ha efectuado un examen conjunto y ponderado de la prueba documental practicada a instancia de todas las partes»⁶²¹. La libertad que posee el tribunal para alcanzar su convicción fáctica en muchos casos, así como la más que templada exigencia de motivación o justificación fáctica dan cuenta del gran poder decisorio que ostenta quien decide en la instancia. En definitiva, incluir en la sentencia una auténtica y suficiente motivación o justificación fáctica aún es un objetivo judicial. Y a pesar de que con los hechos probados las partes han de poder valorar las posibilidades de su revisión a través del recurso devolutivo y una vez interpuesto y admitido a trámite posibilitar al tribunal *ad quem* practicar sus controles en el marco de sus competencias, los resultados pueden ser muy frustrantes.

5.3. Los Fundamentos de Derecho

Además de configurarse legalmente como contenido externo en la estructura formal de la sentencia, la fundamentación en Derecho se constituye en un requisito interno de estas resoluciones que no es sinónimo de motivación o justificación, como demuestra el análisis de este último requerimiento constitucional. Una sentencia puede ser motivada y adolecer de fundamentación jurídica, a pesar de anunciarse como tal. Y al contrario, una sentencia puede estar fundamentada en Derecho y no incluir motivación.

620 STS de 23 de febrero de 1999 (RCUD núm. 2636/1998), F.J. 2º.

621 STS de 25 de enero de 2001 (Rec. núm. 1432/2000), F.J. 2º.

En este apartado de la sentencia deben localizarse los razonamientos que han llevado al juzgador a las conclusiones fácticas, lo que se corresponde con la motivación o justificación fáctica. Y también en él la sentencia debe fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo. Que ambas justificaciones, la fáctica y la jurídica, compartan espacio deriva en que muchas sentencias diluyan, o incluso omitan, la argumentación sobre su convicción fáctica en la jurídica. La previsión legal no autoriza, por ello, que se utilice indebidamente el recurso devolutivo, en el sentido de que a través de la revisión fáctica se pretenda afectar a «valoraciones jurídicas, dado que éstas no tienen cabida entre los hechos declarados probados y hallan adecuada ubicación en la fundamentación jurídica»⁶²², pero hay que reconocerle cierta dosis estimulante en el sentido apuntado. La fundamentación jurídica impone la aplicación del ordenamiento jurídico al supuesto, en congruencia con la convicción fáctica declarada y concretando qué derecho se aplica y cómo se aplica, para reflejarse después en el fallo⁶²³.

A esto se añade que el mandato constitucional de la motivación (art. 120.3) es algo más y distinto a pesar de su íntima conexión. Prueba de ello es que la LEC (art. 218.2) se refiere a ella como expresión de los razonamientos con incidencia individual y en conjunto de los distintos elementos, y con arreglo a las reglas de la lógica y de la razón. Por supuesto, aunque no sólo, también a partir de su contenido se opera el control de otros requisitos como la claridad, la exhaustividad y la congruencia. De gran importancia es que la argumentación jurídica que concreta la motivación y el derecho aplicado e interpretado permita a las partes, al tribunal *ad quem* y al público en general, localizar sin «sobreesfuerzos» la *ratio decidendi* de la resolución y su distinción con posibles y frecuentes *obiter dicta*. El concepto de *ratio decidendi* puede clarificarse a partir de tres sentidos⁶²⁴:

«a) es la regla (criterio, principio) en base a la cual ha sido decidido un caso. Esta regla puede ser la premisa necesaria y suficiente; la premisa suficiente pero no necesaria; o la premisa necesaria pero no suficiente, de un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial.

b) es la regla empleada por un juez para justificar la decisión de un caso considerada conjuntamente, sea con las razones que la sostienen, sea con la descripción de los hechos a los que ha sido aplicada.

c) es cualquier elemento esencial de la argumentación necesario para motivar la decisión de un caso».

La distinción no es siempre fácil y quien la realiza es el tribunal *ad quem*. Se distinguen⁶²⁵ dos clases de *obiter dicta*. En sentido estricto, son las consideraciones que no tienen relación lógica con el supuesto de hecho objeto del proceso. Otros, son manifestaciones que constituyen «el antecedente o la consecuencia lógicamente imprescindible de la elección interpretativa realizada por el juez en el caso concreto (...). En este caso, la vinculación entre *ratio* y *obiter dicta* es tan estrecha que se puede atribuir a estos últimos el carácter de precedente».

622 STS de 25 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 86/2015), F.J. 2º.

623 ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., «Sentencia», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la...*, cit., p. 691.

624 ITURRALDE, V., «Precedente Judicial», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 4, marzo-agosto 2013, Universidad Carlos III de Madrid, 2013, pp. 197-198.

625 *Idem*, p.198.

5.4. El Fallo⁶²⁶

El fallo de la sentencia contradictoria dictada en la instancia es el primer y prioritario objeto de búsqueda y atención por las partes procesales. A pesar de su favorable apariencia para una de ellas -o en ocasiones para ambas-, las expectativas de éxito pueden quedar malogradas en cuanto se dirige el examen a la fundamentación jurídica y/o a los hechos declarados probados en ella, situación ésta amortiguada potencialmente por la amplia legitimación para recurrir consagrada en el at. 17.5 LJS.

El art. 97 LJS se refiere al fallo tan sólo para ubicar en él los pronunciamientos de la sentencia, así que es la LEC con su art. 209 en su regla 4ª quien dispone su contenido: los pronunciamientos numerados correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación de todas o alguna pueda deducirse de los fundamentos jurídicos, y el pronunciamiento sobre costas. Se determinará también en él, en su caso, la cantidad objeto de condena que no puede reservarse para la ejecución. Esta advertencia coincide con la específica regla absoluta sobre prohibición de reservas de liquidación del art. 99 LJS, que no debe confundirse con las condenas de futuro, como es el caso de las prestaciones o cantidades periódicas que se devengan después de dictada la sentencia y cuya condena sí puede ser incluida por ésta, según dispone expresamente el párrafo segundo del precepto. No obstante, este contenido externo del fallo parte en la LEC de su acomodo a las previsiones del art. 216 y siguientes de la misma, es decir, a los requisitos internos de la sentencia y a sus efectos, pero todos ellos se desarrollan en el Capítulo III.

5.5. Las costas

Además, el art. 97.3 prevé la posibilidad de adoptar dos medidas adicionales que, en su caso, se integrarán en la parte final del fallo de la sentencia por «su similitud con un pronunciamiento sobre costas»⁶²⁷:

1. La imposición de una sanción pecuniaria o multa por obrar de mala fe o con temeridad a cualquiera de las partes, o a la demandada por no asistir injustificadamente a los actos de mediación o conciliación administrativo o judicial, siempre que la sentencia coincida esencialmente con la pretensión de la papeleta (art. 66 LJS). En ambos casos con los límites del art. 75.4 LJS, a saber, entre ciento ochenta y seis mil euros, sin superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Previsión coherente con el deber de buena fe del propio precepto que resulta así reforzado.

2. La imposición del abono de los honorarios de los abogados y graduados sociales hasta un máximo de seiscientos euros, al empresario condenado siempre que también se le haya impuesto la sanción pecuniaria, o dicho de otro modo, en este caso a la sanción se le suman los honorarios. Ambas decisiones pueden adoptarse a instancia de parte o de oficio previa audiencia de las partes en el juicio oral. Pero si se considera de oficio, concluido este acto, se dará a las partes dos días para hacer alegaciones escritas.

626 Es curioso el origen del vocablo. Viene del latín *afflare* que significa soplar hacia algo, olfatear, oler la pista de algo.

627 LUJÁN ALCARÁZ, J., «Artículo 97. Forma de la sentencia», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 598.

Por tanto, la posibilidad de ordenar una multa a la parte actora pasa por imputarle y motivar en la sentencia su mala fe o temeridad, así como, claro está, fallar la desestimación de su demanda o de su recurso. Es obvio sin embargo, que la mera desestimación no comporta esta decisión, y su necesaria motivación nos conduce a qué consideran mala fe o temeridad los jueces y las Salas. La respuesta está en que concluyan que se ha protagonizado un abuso en el ejercicio del derecho a la acción. En todo caso, se trata de garantizar su aplicación restrictiva y prudente a través de dos vías: la necesaria motivación de la decisión y la obligación de la Sala de Suplicación de comprobar de oficio su pertinencia al resolver el recurso (art. 204.2 LJS)⁶²⁸.

Señalamos algunos pronunciamientos sobre la materia. En proceso sobre conflicto colectivo se impuso al sindicato actor una multa de 2000 euros, porque no acreditó en modo alguno la existencia de un conflicto real y actual en la empresa demandada, ni por decisión ni por práctica, y sin controversia, sin fundamento de la pretensión, sin verdadero litigio y planteando una mera consulta para hipotéticas situaciones futuras, se consideró la demanda temeraria y, en consecuencia, abuso en el ejercicio del derecho fundamental⁶²⁹.

En proceso sobre despido disciplinario se condenó a la empresa a pagar una multa de 2000 euros y los honorarios hasta 600 euros previa imputación a la misma de mala fe y temeridad porque en el acto de conciliación reconoció la improcedencia del despido pero sólo el derecho a cobrar una indemnización calculada desde que el trabajador adquirió fijeza en la empresa excluyendo los periodos anteriores en los que sin solución de continuidad había prestado servicios con sucesivos contratos temporales. La Sentencia argumentó en favor de su decisión que la actuación de la empresa fue notoriamente temeraria y provocó perjuicios a la trabajadora, que se vio obligada a interponer una demanda judicial cuando la empresa conocía perfectamente su obligación de abonar la indemnización legal, y que tardaría más de un año en cobrar la indemnización a la que tiene derecho. Se contempló también el perjuicio para la Administración de Justicia que debe pronunciarse sobre un supuesto en que no existe ninguna duda fáctica o jurídica sobre el derecho de la trabajadora⁶³⁰.

En proceso sobre concreción horaria en reducción de jornada por guarda legal, la mala fe y temeridad imputada a la empresa, con la consiguiente imposición de multa y pago de honorarios, se sostuvo en su resistencia y actitud procesal injustificada conociendo la dimensión constitucional del derecho a la concreción horaria (de la que se le informó en el acto de conciliación judicial) y en la negativa a su reconocimiento sin fundamento jurídico, justificación y prueba de las razones organizativas invocadas para denegar la solicitud⁶³¹.

En otro proceso la Sala de Suplicación confirmó la multa por temeridad impuesta en la instancia al actor que obviando una sentencia firme anterior en que se le indicaba el proceso adecuado a seguir, insiste de nuevo en la modalidad inadecuada y, además, oculta tres datos informativos de interés⁶³². También revalidó otra Sala la multa impuesta al INSS por el Juzgado de lo Social

628 VALLE MUÑOZ, F.A., «La multa por temeridad y mala fe en el proceso laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 48, CEF, 2004, p. 70.

629 Sentencia 291/2014, de 15 de julio del Juzgado de lo Social n° 7 de Murcia.

630 Sentencia 201/2014, de 7 de mayo del Juzgado de lo Social n° 1 de Pamplona.

631 Sentencia 392/2013, de 13 de noviembre del Juzgado de lo Social n° 27 de Madrid.

632 STSJ C y L -Valladolid-, de 22 de diciembre de 2016, Rec. núm. 2237/2016.

en proceso sobre incapacidad permanente, por rechazar temerariamente la petición del actor a pesar de la contundencia de los elementos probatorios tanto en la resolución inicial como en la reclamación previa, obligándole a iniciar el proceso con los consiguientes perjuicios económicos y, principalmente, emocionales⁶³³, y la propia Sala con la misma fecha⁶³⁴ asimismo en proceso de incapacidad permanente confirmó la sanción del Juzgado porque apreció temeridad y mala fe en el hecho de que la Gestora dictase resolución contradiciendo los razonamientos del EVI y sin alegar ni una sola palabra en el juicio oral en oposición al grado demandado, como se comprobó a través de su grabación.

5.6. Advertencias sobre firmeza y recursos

El apartado cuarto del art. 97 LJS ordena que en el texto de la sentencia se indique si es o no firme y, en su caso, el recurso que procede, ante qué órgano ha de interponerse, el plazo y requisitos al efecto, así como los depósitos y las consignaciones necesarios y cómo realizarlos. A esta disposición se sumaba lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁶³⁵, para la autoliquidación y pago de la cuota tributaria -que para el recurso de suplicación ascendía a 500 euros y para los de casación a 750, en el orden social que nos ocupa-, conocida como tasa judicial, y que eximía de ella a las personas físicas, a las personas jurídicas con derecho a la asistencia jurídica gratuita, al Ministerio Fiscal, a los entes públicos y a las Cortes Generales y Parlamentos autonómicos. De todos es sabido que desde la STC 140/2016, de 21 julio, dictada en Pleno, se han anulado los incisos del art. 7.1 de la Ley, relativos a las cuotas fijas, entre otros, para los señalados recursos devolutivos sociales.

Respecto a la firmeza o no de la sentencia, el derecho al recurso extraordinario y devolutivo de suplicación contra resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social mantiene su ámbito de aplicación (art. 191 LJS) en tres criterios, a saber: la materia objeto del proceso, la cuantía litigiosa y/o el hecho de que la cuestión debatida se considere de afectación general. No obstante, eludiendo estos límites, todas serán recurribles en suplicación cuando a su través se busque subsanar una falta esencial del procedimiento, la omisión del intento de conciliación o mediación obligatoria previa, siempre que se haya formulado protesta en tiempo y forma, y provocado indefensión. También de forma universal procede la suplicación frente a las sentencias que decidan sobre la falta de jurisdicción objetiva o de competencia territorial o funcional. En ambos supuestos, no siendo recurribles por el fondo, la sentencia de la Sala sólo resolverá sobre los presupuestos o requisitos procesales.

Además, la previsión del art. 191.3 f) LJS que incluye como recurribles en suplicación, en todo caso y entre otras, las sentencias sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, en relación con el art. 184 LJS que especifica sobre esta modalidad las demandas cuyo ejercicio se realizará necesaria e inexcusablemente a través de la modalidad procesal correspondiente, acoge en el acceso a la suplicación a sentencias dictadas en modalidades, o proceso ordinario, en principio, irrecurribles. Pero a la vista de recientes Sentencias del TS y del TC se comprueba que algunas Salas de lo Social de los TSJ no acaban de asumir su aplicación. La doctrina jurisprudencial y

633 STSJ País Vasco, de 15 de septiembre de 2015, Rec. núm. 1146/2015.

634 STSJ País Vasco, de 15 de septiembre de 2015, Rec. núm. 1282/2015.

635 BOE núm. 280, de 21 de noviembre.

la constitucional defienden la «exportabilidad de garantías», el «efecto migratorio de las reglas y garantías del procedimiento» o la denominada «tesis integrativa, enderezada a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral».

La Sentencia del TC 149/2016, de 19 de septiembre, otorgó el amparo por lesión al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso, en concreto al de suplicación, que le fue negado a una trabajadora tanto por el Juzgado de lo Social como por la Sala de lo Social del TSJ en proceso sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Alegaba vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, garantía de indemnidad y libertad sindical. En la Sentencia, el TC considera reducidas las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y traslada la doctrina de su Sentencia 257/2000, como soporte argumental. Así mismo, en la Resolución se señala la oportunidad que brinda el caso de armonizarse con la doctrina de la Sala Cuarta del TS⁶³⁶. En fechas posteriores, la Sala de lo Social ha reiterado esta doctrina ordenando a las Salas de suplicación resolver su recurso⁶³⁷. En el mismo sentido se ha otorgado el amparo constitucional en la STC 427/2017.

6. Las sentencias de los recursos devolutivos

Uno de los efectos de las resoluciones judiciales y, a la vez, principio procesal que limita los poderes de nuestros jueces y tribunales es el de intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales una vez firmadas. No obstante, las normas procesales (art. 267 LOPJ y art. 214 LEC) consienten cuatro salvedades -«cosa distinta de la invariabilidad y no contraria a ella»⁶³⁸- a esta regla que, en mi opinión, asisten o deberían hacerlo a la disminución de los recursos devolutivos. Son las siguientes:

1. *Aclarar* algún concepto oscuro.
2. *Rectificar* cualquier error material manifiesto o aritmético de que adolezcan.
3. *Subsanar* omisiones o defectos (remedio para llevar plenamente a efecto las resoluciones o, lo que es igual, su ejecución).
4. *Completarlas*, si hubieran omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso.

El objeto que diversifica el uso de cada una de estas herramientas resulta en ocasiones confuso o se confunde «oportunamente» buscando, de oficio o a instancia de parte, un resultado conveniente pero no ajustado a la norma.

636 STS de 3 de noviembre de 2015 (RCUD núm. 2753/2014).

637 STS de 7 de diciembre de 2016 (RCUD núm. 1599/2015) y la de 11 de enero de 2017 (RCUD núm. 1626/2015) en procesos sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, y la STS de 20 de diciembre de 2016 (RCUD núm. 3194/2014), en proceso sobre impugnación de sanción laboral por falta grave.

638 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 1257.

Cualquier resolución procesal puede ser objeto de aclaración de oficio o a instancia de parte, o del Ministerio fiscal en los dos días hábiles siguientes a su publicación, respecto «a algún concepto oscuro», por lo que este cometido corresponde al tribunal o al letrado J. La aclaración de sentencias, y la adición para suplir la omisión sobre algún punto discutido en el litigio, por lo que aquí interesa, son posibilidades que también contemplaban la LECA (art. 363) y la LPL (1980) en su art. 91, suprimiéndose en el Texto de 1990 seguramente por innecesarias.

No han faltado más que ocasionales supuestos en que los tribunales ordinarios, extralimitándose en la función que se le asigna a la posibilidad de aclaración, han modificado pronunciamientos de la sentencia o introducido adiciones que no responden a suplir una omisión indebida. A través de los recursos de amparo el TC ha consolidado su doctrina⁶³⁹ sobre la reparación en aclaración. Puede resumirse así⁶⁴⁰:

- La intangibilidad es un instrumento para garantizar mejor la tutela judicial efectiva en conexión con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y resulta perfectamente compatible con la previsión legal de aclaración.
- Su función es única y específicamente reparadora.
- Opera más intensa y terminantemente respecto a resoluciones firmes.
- Como es una excepción, debe ser objeto de una rigurosa interpretación restrictiva.
- No deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo.
- La aclaración permite salvar omisiones o errores que se deduzcan o aprecien con toda certeza del propio texto de la resolución sin salirse de su contexto interpretativo manifestado o razonado, y sin rectificar o modificar su motivación («error grosero, manifiesto»).
- No se puede utilizar para rectificar o modificar el sentido de la fundamentación jurídica, ni para enmendar la parte dispositiva con una nueva o más acertada calificación o valoración jurídica de las pretensiones y de los hechos enjuiciados.
- Los errores materiales o aritméticos rectificables no precisan hipótesis, deducciones o interpretaciones.
- Si el error del órgano judicial es evidente, es posible sustituir el fallo, salvar un mero desajuste o una contradicción patente entre la fundamentación jurídica y el fallo.
- No sirve para remediar una falta de fundamentación, una errónea calificación jurídica o los hechos y conclusiones probatorias.

639 Por todas, STC 123/2011, F.J. 3º.

640 BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., «Artículo 214. Invariabilidad de las resoluciones. Aclaración y corrección», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1086-1092.

En sentencias próximas⁶⁴¹, la Sala Cuarta ha unificado doctrina en consonancia con la constitucional. En un proceso de despido la empresa hubo de llegar hasta el Alto Tribunal porque el juzgado de lo social modificó el fallo, bajo el pretexto de aclaración, incluyendo condena a salarios de tramitación que no integraba el originario, y porque la Sala de suplicación no observó en ello lesión inconstitucional. También en proceso por despido⁶⁴² donde el trabajador satisfizo la declaración de improcedencia en el trámite de suplicación, se modifica *in peius* la cuantía indemnizatoria fijada en el fallo de la Sala, tras solicitar aquél aclaración de sentencia. La Sala Cuarta, en doctrina unificadora, considera que no hay extralimitación ni, por tanto, vulneración del principio de intangibilidad, sino un error en el nuevo cálculo por ignorar la normativa vigente. Alcanza esta conclusión, tras precisar que el pronunciamiento es la calificación del despido, no la indemnización que es mera consecuencia de aquélla, por tanto, la cuestión no merece aclaración sino rectificación, que finalmente realiza el TS en favor del trabajador.

Respecto a la subsanación de omisiones o defectos en sentencias y autos, necesaria para llevar plenamente a efecto las mismas (art. 215.1 LEC) en su contraste con el complemento de estas resoluciones judiciales cuando omiten manifiestamente pronunciamientos debidos («pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso» -art. 215.2 LEC-), puede dudarse en ocasiones de su diverso objeto. A continuación, ponemos a la vista que la utilización terminológica de unos remedios u otros se realiza indistinta y simultáneamente, como si se tratase de uno sólo. De ninguna manera es así, puesto que el apartado primero se refiere a omisiones o defectos sin cuya subsanación no puede darse cumplimiento o ejecución a lo dispuesto en la resolución, y el segundo deriva en un defecto de exhaustividad o una incongruencia por omisión, como se prefiera.

Utilizamos una Sentencia⁶⁴³ que nos da cuenta de estos datos: el fallo de una sentencia declara el despido improcedente e incluye la fórmula general del art. 56.1 ET otorgando la opción al empleador, cuando la ostentaba el trabajador en virtud de disposición convencional. El último detalle se reflejó en los hechos probados de la sentencia del juzgado, que desestimó la demanda y declaró el despido procedente. Fue la Sala de suplicación quien al estimar el recurso, revocar la última y declarar la improcedencia integró el fallo como se ha expuesto. El trabajador solicita aclaración para que se corrija aquél recociéndole su derecho a optar, pero la Sala no accede en su auto a la aclaración interesada porque en el recurso de suplicación aquél no abordó ni mencionó esta cuestión cuando la demanda le había sido desestimada. Por tanto, «no se considera un simple error material o de transcripción imputable a la sala sentenciadora que sea susceptible de corrección por la vía de la aclaración ex art. 267 LOPJ». En el F.J. 4º de la Sentencia que seguimos se dice textualmente que «El Ayuntamiento demandado en su escrito de impugnación, sin negar la aplicabilidad del convenio colectivo en cuanto atribuye la opción al trabajador para el caso de que el despido se declare improcedente, cuestiona la existencia de contradicción y razona adicionalmente que tan solo al propio demandante resulta imputable lo acontecido, en la medida en que no precisó en su momento el modo y manera en que pretendía ejercitar ese derecho de opción e instó erróneamente la aclaración de la sentencia de suplicación, cuando la omisión imputada como incongruencia no consistía en un simple error material o de transcripción y debería haber activado el cauce procesal del art. 215. 2º LEC solicitando la subsanación y el complemento de sentencia». Con todo lo transcrito puede observarse que han sido mentados para una misma y

641 STS de 16 de junio de 2016 (RCUD núm. 3406/2014).

642 STS de 18 de abril de 2016 (RCUD núm. 1921/2014), F.J. 3º.

643 STS de 14 de julio de 2016 (RCUD núm. 3761/2014).

concreta cuestión tres de los cuatro remedios previstos en los arts. 214 y 215 LEC: «aclaración», «simple error material o de transcripción», «corrección», «omisión como incongruencia» y «subsanción y complemento de sentencia». En definitiva, la Sala Cuarta, considerando que «la petición relativa a la atribución al trabajador de la opción entre la readmisión y la indemnización que es de naturaleza accesoria y directamente vinculada de manera indisociable a la calificación de improcedencia y debería por ello haberse resuelto por la Sala de suplicación una vez que declara la improcedencia del despido», aprecia incongruencia por omisión, anula la sentencia de suplicación y acuerda la retroacción para que una nueva sentencia manteniendo el resto de pronunciamientos incluya el omitido.

Aunque los mecanismos procesales destacados no son en un sentido propio recursos, su objeto hace que tanto el TS como el TC enjuicien su adecuada utilización desde el canon propio del derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos y, en tanto que cuestión de legalidad ordinaria, el control de las resoluciones de inadmisión se limita a comprobar su motivación, si han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica⁶⁴⁴.

Y es que como se ha expresado lisa y llanamente: «...En la vida forense, si se dispone de un recurso se mantiene la ilusión de conseguir la satisfacción de las pretensiones propias o ajenas»⁶⁴⁵. Incontestable afirmación, y sí en el proceso social no hay segunda instancia (apelación), como sucede en el resto de los órdenes jurisdiccionales, pero sí al menos un «doble grado» que aunque extraordinario con los recursos de suplicación y casación, puede con el primero de ellos incluso «facilitar» un tercero a través de la casación para la unificación de doctrina. Con los tres recursos es viable obtener la revocación del fallo y su sustitución por otro favorable, aunque no sólo. En ocasiones la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en la instancia no persigue un pronunciamiento diferente porque es sólo el contenido fáctico, que precede al fallo favorable, el que origina perjuicios. En otros casos, el paso por el recurso devolutivo se convierte en un imprescindible -o no tanto- viaje de ida y vuelta para enmendar la resolución del tribunal *a quo* que ha entendido no poder, no deber o «no querer» decidir el fondo de la cuestión litigiosa u obviar un pronunciamiento debido.

Existe una característica común en las sentencias dictadas resolviendo los recursos devolutivos y extraordinarios que las diferencia de las dictadas en única instancia. Tanto en su construcción como en su correspondiente manifestación externa, no incluyen el encargo de manifestar la convicción fáctica a través de los «hechos declarados probados». Sin perjuicio de que el objeto o motivos de estos recursos puedan implicar la revisión de hechos probados de la resolución recurrida, la forma de estas sentencias presenta una estructura perceptible que, al margen de otros datos comunes y obligatorios, pasa de los «antecedentes» a los «fundamentos jurídicos».

Sin embargo, el cumplimiento de los requisitos internos de la sentencia no distingue las dictadas en la instancia de las que resuelven un recurso devolutivo. La motivación, fundamentación en derecho, congruencia y exhaustividad deben deducirse también de las últimas aunque, eso sí, aspectos como la exhaustividad y la congruencia encuentran en éstas su especialidad en atención a los motivos del recurso y, en su caso, a su impugnación. Los tribunales sociales no manejan la exigencia de exhaustividad por cuanto su posible defecto se califica de incongruencia omisiva

644 STC 22/2007, de 12 febrero, F.J. 4º, por todas.

645 DE LA VILLA GIL, L.E., «Puntos críticos del recurso de casación para unificación de doctrina en el proceso social», *AFDUAM*, N° 5 (2001), p. 229.

o *ex silentio*. No obstante, la doctrina académica⁶⁴⁶ asigna distinta base a cada uno de ellos. A la exhaustividad, el derecho subjetivo público de la acción y a la congruencia, el principio dispositivo. La última se verifica previa comprobación del total de los razonamientos que incluye la sentencia, es decir acudiendo a la motivación o justificación en su argumentación. A partir de aquí puede deducirse una desestimación o respuesta tácita al motivo del recurso, y siendo así no se aprecia omisión. En caso contrario, inexistente cualquier mención, consideración y justificación en torno al motivo, se imputa a la sentencia lesión inconstitucional del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión por falta de contradicción⁶⁴⁷. Es decir, la omisión ha de ser real, sustancial y trascendente⁶⁴⁸.

Sorprende, además, que en el proceso social contando con la posibilidad de completar sentencias que omiten manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso (art. 215 LEC), en la instancia o en el recurso, la parte que sufre la omisión rara vez solicite su complemento. En su lugar, prepara directamente el recurso devolutivo haciendo esta circunstancia objeto de motivo, cuando es éste el único inconveniente de la resolución. Sin embargo, en el orden jurisdiccional civil la petición de complemento es un presupuesto exigido para denunciar la incongruencia omisiva, tanto en apelación como ante la Sala Primera del TS⁶⁴⁹, y en el orden contencioso-administrativo para la casación, ahora también⁶⁵⁰.

6.1. Las sentencias dictadas en Suplicación

Admitido a trámite el recurso y previa deliberación, votación y fallo, la Sala dicta sentencia en plazo y la notifica a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma. Las posibilidades del fallo plural son la estimación total o parcial del recurso y la desestimación por no prosperar su/s motivo/s o por inadmisibilidad (art. 201 LJS). Si se han incumplido de forma manifiesta e insubsanable los requisitos para recurrir, aunque no se haya advertido en el trámite de inadmisión (art. 200 LJS), al dictarse la sentencia puede desestimarse el recurso por causa de inadmisión⁶⁵¹. Dentro de estas eventualidades se dan situaciones y efectos diversos, según la condición del motivo estimado. Por ello es bueno recordar aquí, al menos brevemente, que este recurso puede comprender un triple objeto (art. 193 LJS):

- a) Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión. La indefensión procesal, suficiente para favorecer la estimación del motivo, no coincide con el concepto de indefensión en su vertiente constitucional, si bien la última puede resolverse a través del motivo de suplicación, liberando a la parte de la necesidad de recurrir en amparo. Además, la potencial recurribilidad de cualquier sentencia a estos fines, prevista en el art. 191.3 d) LJS, incluye la necesidad de haber causado protesta en tiempo y forma. Este requisito

646 MOYA AMADOR, R., «Artículo 97. Forma de la sentencia», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social...*, cit., pp. 534-535.

647 STS de 7 de abril de 2015 (RCUD núm. 1187/2014), F.J. 2º y 3º.

648 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Artículo 201. Sentencia.», en AA.VV., *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 1082.

649 STS de 8 de octubre de 2013 (Rec. núm. 778/2011), por todas, en BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., «Artículo 214. Invariabilidad de las resoluciones...», cit., pp. 1100-1101.

650 ATS, Sala de lo Contencioso, de 1 de marzo de 2017 (Rec. núm. 88/2016), R.J. 3º.

651 STSJ Extremadura, de 4 de marzo de 2014 (Rec. núm. 608/2013).

es viable a través de los correspondientes medios de impugnación antes del juicio oral y de su manifestación verbal en éste, pero imposible si la infracción se produce en la resolución recurrida⁶⁵². Del mismo modo podría, quizás, antes del recurso devolutivo promoverse un incidente de nulidad de actuaciones o, en algunos casos, solicitar el complemento de la sentencia *ex* art. 215 LEC, según cuál sea el quebranto de forma en cuestión.

- b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, a lo que debe añadirse la posible admisión de documentos nuevos ante la Sala, disposición común también para las casaciones prevista en el art. 233 LJS. Aunque la Ley de Bases de 1989 no incluía este extremo, el TC, con su Sentencia 158/1985 admitió la aportación de una sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo en el recurso de suplicación donde se declaraba la inexistencia de infracción por la empresa de medidas de seguridad e higiene -entonces, el art. 160 LPL (1980) prohibía su aportación en el recurso de suplicación-. Y, en consecuencia sobre los mismos hechos se produjeron dos sentencias contradictorias de distintos órdenes jurisdiccionales. Así, la LPL (1990) incluyó en su art. 230, que continuó el art. 231 de la LPL (1995) y, como se dice, da contenido al vigente art. 233 LJS. No obstante, el TC hubo de conceder amparos posteriores aplicando la misma doctrina⁶⁵³.
- c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. La denuncia de infracción jurídica referida al ordenamiento material o sustantivo, implica la cita de las normas y/o de la jurisprudencia concreta que se consideran infringidas, por aplicación indebida, inaplicación o interpretación errónea, en el escrito de interposición aunque el detalle concreto de la infracción no se exige legalmente (art. 196.2 LJS). La noción de norma es amplia. Incluye: Constitución, leyes, reglamentos, convenios colectivos, derecho comunitario, el derecho extranjero⁶⁵⁴ y la costumbre, ambos probados, y jurisprudencia (art. 1.6 CC), así como doctrina constitucional, disposiciones aprobadas por las asambleas Legislativas de las CCAA y los Tratados Internacionales válidamente celebrados y publicados en España. Parte de la doctrina académica incluye también infracciones procesales denunciadas por esta vía que se limitan a las que tengan efectos sustantivos⁶⁵⁵, pero en opinión de otro sector⁶⁵⁶ «la infracción de normas procesales constituye expresión error *in procedendo*, que necesariamente ha de articularse (...) por el cauce del art. 193 a); de lo contrario no tendría sentido la pormenorización de tal listado».

La estimación fundada en el apartado a) -en terminología más clásica, por quebrantamiento de forma- determina la retroacción de las actuaciones al estado y momento en que se encontraban al cometerse la infracción, que, de haber sido el juicio oral, coincidirá con su señalamiento (art. 202. 1 LJS). Sin embargo, es frecuente que tratándose de la inadmisión de medios de prueba propuestos se anule la sentencia de instancia y se señale su práctica sin necesidad de reiterar en parte la celebración del juicio oral. Ahora bien, cuando la inobservancia versa sobre normas

652 LLUCH CORELL, F.J., «El recurso de suplicación», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El Proceso Laboral...*, Tomo II, cit., p. 1754.

653 STC 16/2008 y las citadas en ella.

654 Téngase en cuenta la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (art. 33).

655 LLUCH CORELL, F., «El recurso de suplicación», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El proceso laboral*, Tomo II, cit., pp. 1761-1762.

656 CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ DÍAZ, P., «Artículo 193. *El recurso de suplicación tendrá por objeto*», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social...*, cit., p. 1086.

reguladoras de la sentencia (a saber, sus requisitos internos: motivación, fundamentación en derecho, congruencia, ejecutividad), en principio la Sala está obligada a resolver en los términos del debate planteado, supuesto éste en que no se da la retroacción de actuaciones. Siendo la retroacción el habitual efecto, opuesto a los principios de celeridad y economía procesal, debe destacarse la coherencia del legislador al incluir esta previsión. Y, desde luego, el recurso de suplicación puede incluir en exclusiva este tipo de objeto, a través de uno o más motivos.

En ocasiones existe imposibilidad de completar por el cauce procesal correspondiente la insuficiencia en el relato de hechos probados, lo que forzará la nulidad total o parcial de la resolución ordenando reponer los autos al momento de dictar sentencia para salvar las deficiencias y seguir el curso de los autos (art. 202. 2 LJS). Prescribe el apartado 3º de este artículo que la estimación de los restantes motivos de suplicación (infracción fáctica y/o jurídica) llevará a la Sala a resolver con preferencia el fondo del litigio en los términos del debate, incluso sobre extremos no resueltos en la instancia por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones de los escritos de impugnación, cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados en autos resulten suficientes.

En este punto es preciso recordar una vez más el contenido del apartado 5º del art. 17 de la LJS relativo a la legitimación para recurrir. Según él, una resolución puede afectar desfavorablemente a las partes, entre otras razones, por causa de los hechos declarados probados o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores. Este perjuicio no se anuda necesariamente al fallo de la sentencia recurrida (perjuicio indirecto), lo que en tal caso podría suponer la estimación del recurso de suplicación por razón de uno o varios motivos para la revisión fáctica, sin necesidad de revocar la sentencia y con ella su fallo («recurso preventivo»⁶⁵⁷). Es justo destacar, como en tantos otros aspectos, que antes de la LJS la doctrina del Tribunal Supremo venía defendiendo la teoría del «gravamen», distinta a la del «vencimiento» o ser vencido en la instancia, según la cual cualquiera de las partes que en la fase declarativa o ejecutiva resultara perjudicada por la resolución impugnada tenía legitimación activa⁶⁵⁸.

Muchas de las cuestiones procesales que determinan la irregular constitución de la relación jurídico-procesal así como los requisitos internos de la sentencia son de orden público y, por tanto, apreciables de oficio como se viene reiterando. Por ello con cierta frecuencia las Salas *ad quem* deciden la nulidad de actuaciones sin que la causa haya sido objeto de motivo en el recurso. Sus efectos coinciden con los previstos legalmente para el caso de que se estime el recurso y se revoque la resolución con base en la infracción de normas o garantías del procedimiento que produzcan indefensión (art. 202 LJS). Siendo el caso, la Sala, sin entrar en el fondo, mandará reponer los autos al estado en que encontraban al cometerse la infracción que si fue el juicio, llegará a su señalamiento. Si la infracción denunciada se produce con la sentencia recurrida, la Sala resolverá el fondo en los términos del debate planteado, es decir, con los hechos declarados probados, y si éstos son insuficientes y no se pueden completar a través de la revisión fáctica solicitada, acordará la nulidad total o parcial de la resolución. En el último caso, concretará los extremos que conservan su firmeza, y mandará dictar nueva sentencia para salvar en ella las deficiencias advertidas.

657 PALOMO BALDA, E., «Artículo 211. Traslado a las otras partes», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.) *Ley Reguladora...*, cit., p. 1413.

658 MONEREO PÉREZ, J.L. Y OTROS, *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 347.

A pesar de lo expresado, la congruencia en la resolución del recurso, en principio, queda delimitada por los motivos incluidos en el escrito de interposición y por la impugnación, en su caso, de la recurrida. A esta exigencia se suma la exhaustividad en el tratamiento de todo ello y una suficiente motivación o justificación a través de la argumentación expresada en la sentencia. Sin embargo, la congruencia en relación con las infracciones jurídicas, sin impedir a la Sala de suplicación incluir preceptos o jurisprudencia no invocados en el recurso de suplicación, sí excluye en este grado la aplicación del principio *iura novit curia*⁶⁵⁹.

Otros efectos de las sentencias afectan a las cantidades consignadas o aseguradas y al depósito, necesarios para recurrir (arts. 203 y 204 LJS). En el primer artículo (apartados 1 y 2), se alude a la *revocación total de la sentencia*. Si en este caso el recurrente consignó o aseguró el importe de la condena y constituyó el depósito, el fallo dispondrá la devolución de todo ello, tras la firmeza de la sentencia. Si la estimación y revocación implica condena a una cantidad inferior a la del fallo del juzgado, se ordenará la devolución de la diferencia o la cancelación parcial del aseguramiento, tras su firmeza. En los casos de *estimación parcial*, el fallo siempre dispondrá la devolución del depósito.

La desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia recurrida (art. 204 LJS) determina un fallo con pérdida de las cantidades consignadas que tendrán su correspondiente destino tras la firmeza de la resolución. Si la condena dineraria fue asegurada, el fallo ordenará su mantenimiento hasta que se ejecute la misma. Además, si se constituyó depósito, siempre se dispondrá su pérdida e ingreso en el Tesoro Público (art. 229.3 LJS). Por último, en este artículo se prevén otros posibles pronunciamientos (apdo. 2) en relación con las multas por mala fe o temeridad (arts. 75.4 y 97.3 LJS). Si la sentencia recurrida impuso sanción, la Sala se pronunciará sobre su confirmación o no, en todo o en parte y, si el sancionado fue el empresario, del mismo modo lo hará respecto a los honorarios del abogado o graduado social. A este respecto la doctrina señala⁶⁶⁰ que la referencia al art. 75.4 es inadecuada porque estas multas se imponen en pieza separada y se revisan en trámite de audiencia y posterior recurso de alzada ante la Sala de Gobierno. Además, la Sala tiene la posibilidad de decidir las señaladas condenas cuando el juzgado no lo hizo. Las razones que justificarían esta decisión son ampliadas puesto que se suma a ellas el propósito dilatorio en la interposición del recurso (art. 235.3 LJS).

Procede también la imposición de costas a la parte vencida hasta un máximo de mil doscientos euros salvo que goce del beneficio de justicia gratuita, se trate de sindicatos, funcionarios públicos o personal estatutario. Tampoco se aplicará esta regla en los procesos de conflicto colectivo, sin perjuicio de que en ellos la posible condena a multa por temeridad o mala fe conlleve el pago de costas (art. 235.1 LJS). En relación con la exención a los sindicatos de su condena en costas en el recurso de suplicación -sirva para los de casación puesto que el precepto es una de las disposiciones comunes a los tres recursos devolutivos sociales-, no puede obviarse la STS de 11 de mayo de 2016 (RCUD núm. 3323/2014)⁶⁶¹ que cuenta con un Voto Particular. El proceso tuvo por objeto la impugnación de la sanción de expulsión que el sindicato impuso a uno de sus afiliados. El Juzgado estimó la demanda y recurrida la Sentencia, la Sala del TSJ

659 JUANES FRAGA, E., «Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGINA, J.R.), *Ley Reguladora...*, cit., p. 1294.

660 *Ut supra*, p. 1335.

661 Comentada por SEMPERE NAVARRO, A.V., «Imposición de costas a los sindicatos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 8/2016, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

desestimó el recurso. El actor recurrido solicitó aclaración respecto a la omisión en relación con la imposición de costas y la Sala accedió, imponiendo seiscientos cincuenta euros al sindicato en concepto de honorarios de letrado. La sentencia dictada en unificación de doctrina tras una extensa justificación de la cuestión, termina por casar y anular la sentencia de suplicación en el extremo referido a la condena en costas al sindicato, que deja sin efecto. Su *ratio decidendi* se concreta en que en el caso enjuiciado «el Sindicato actúa, no en defensa de sus posibles intereses particulares o privativos, sino en ejercicio de interés colectivo (tanto del sindicato, puesto que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos y deben tener necesario reflejo en sus estatutos los “requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados”, como del propio afiliado...», interés colectivo que termina «reforzando» con la invocación del art. 2 k) LJS que incluye como materia colectiva el «régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en todo lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados» (F.J. 9º). Eso sí, como se ha dicho, tras un extenso y sistemático análisis y razonamiento del papel social de los sindicatos y de la justificación legal, constitucional y jurisprudencial de sus prerrogativas procesales.

Sin embargo, el Voto Particular formulado por seis magistrados de la Sala aunque coincide con el pronunciamiento, discrepa de la argumentación que lo sostiene. Básicamente porque entienden que la exención de condena en costas para los sindicatos es absoluta, incluso como empleadores, y no sólo cuando actúan en defensa de intereses colectivos.

6.2. Las sentencias dictadas en Casación

El recurso de casación -a menudo denominado casación ordinaria, común o tradicional- comparte parcialmente su objeto con el de suplicación pero frente a sentencias y autos dictados en la instancia por las Salas de lo Social de los TSJ y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. No obstante, su ámbito en el detalle es más amplio. Los motivos en que puede fundarse incluyen: el abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, la incompetencia o inadecuación del procedimiento, el quebrantamiento de forma que produzca indefensión a la parte (los tres relativos a cuestiones formales), el error en la apreciación de prueba documental obrante en autos y la infracción jurídica (art. 207 LJS). A pesar de su vocación de generalidad, al elaborarlos, implícitamente se pensaba en la sentencia, no en el auto⁶⁶² o, bajo otra lectura, «el listado de motivos se refiere a la impugnación de sentencias. La de los autos aludidos en el art. 204, en sintonía con lo que ocurre en suplicación tiene su propio régimen en cuanto a los motivos -autos dictados en ejecución- o a los límites en relación con la declaración de hechos probados -autos en materia de competencia-»⁶⁶³.

Admitido parcial o totalmente el recurso y devueltos los autos con su informe por el Ministerio Fiscal, la Sala Cuarta tiene dos opciones: señalar día y hora para deliberación, votación o fallo o hacer el señalamiento para la celebración de la vista -art. 214.2 LJS- (supuesto, el último, que no está previsto para el recurso de suplicación). La *sentencia estimatoria* de todos o alguno de los

662 SEMPERE NAVARRO, A. V., «Artículo 207. Motivos del recurso de casación.», en AA.VV., *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 1117-1118.

663 GOERLICH PESET, J.M., «Los recursos de casación: Casación ordinaria y casación para la unificación de Doctrina», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El proceso laboral*, Tomo II, cit., p. 1820.

motivos del recurso casa la recurrida y produce los siguientes efectos, según la clase de motivo acogido (art. 215 LJS):

- Si estima falta de jurisdicción, la incompetencia o la inadecuación de procedimiento: anula la sentencia, dejando a salvo el derecho a ejercitar la pretensión ante quien corresponda o a través del procedimiento adecuado. Además, en su caso, se indicará el orden jurisdiccional que se estime competente (art. 9.6 LOPJ).
- Si estima quebrantamiento de forma por infracción de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales: ordenará reponer las actuaciones al momento en que se cometió la falta. Si se produjo en la celebración de la vista, se repondrán al momento de su señalamiento.
- Si estima quebrantamiento de forma por infracción de las normas reguladoras de la sentencia se prevén dos posibilidades: 1. Si es suficiente el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, dictará sentencia de fondo conforme a los términos del debate planteado. 2. Si el relato es insuficiente y no puede completarse a través de la estimación de uno o varios motivos con amparo en el art. 207 d), acordará la nulidad total de la sentencia y mandará reponer lo actuado al momento de dictarse para que se salven las deficiencias advertidas, o la nulidad parcial de aquélla concretando los extremos que conservan su firmeza.
- Si se estiman motivos de los apartados d) y/o e) del art. 207 y el relato de hechos probados es suficiente: dictará sentencia de fondo, incluso sobre extremos que no resolvió la recurrida por apreciar alguna circunstancia obstativa y sobre las alegaciones de los escritos de impugnación del recurso. Sobre los extremos no resueltos, se destaca la relevancia de la previsión: «la Sala Cuarta no ha de devolver las actuaciones al órgano *a quo* para que vuelva a pronunciarse sobre el asunto, sino que ella misma ha de resolverlo»⁶⁶⁴.
- Si el recurrente consignó o avaló el importe de la condena y constituyó el depósito, el fallo dispondrá su devolución y/o la cancelación del aseguramiento, salvo que la estimación implique condena a una cantidad inferior, en cuyo caso la devolución o cancelación se fallará por la diferencia (art. 216. 1 y 2).
- Si la estimación del recurso es parcial, el fallo siempre dispondrá la devolución del depósito (art. 216. 3).

La *sentencia desestimatoria*, además de confirmar la recurrida con lo que seguramente adquiere firmeza, a salvo de un amparo constitucional, provoca los siguientes efectos (art. 217):

- Si el recurrente consignó o avaló el importe de la condena y constituyó el depósito, el fallo dispondrá la pérdida de todos ellos, dándoles el destino correspondiente y, en su caso, manteniendo el aseguramiento.
- Si la Sala de instancia impuso a la recurrente multa por temeridad o mala fe y, en su caso, honorarios de abogado, la Sala Cuarta se pronunciará al respecto. Si la Sala *a quo* no adoptó tales decisiones el TS podrá hacerlo si aprecia durante el recurso aquéllas.

664 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Artículo 215. Efectos de la sentencia», en AA.VV., *Comentarios a la Ley...*, cit., p.1170.

- Respecto a las costas, sirva lo expresado para la sentencia de suplicación *ex art.* 235 LJS, a salvo de la cuantía máxima que para las casaciones asciende a mil ochocientos euros.

6.3. Las sentencias dictadas en Casación para la Unificación de Doctrina

Es bien conocida la génesis y finalidad de este recurso. Creados los Tribunales Superiores de Justicia en las diecisiete CCAA del Estado español, con sus respectivas Salas, entre ellas las de lo Social -y suprimido el Tribunal Central de Trabajo- cuya mayor ocupación, aunque no única, viene siendo resolver los recursos de suplicación contra ciertas sentencias y autos de los Juzgados de lo social y de los jueces del concurso, se hizo necesario articular un recurso extraordinario y devolutivo que resolvería el Tribunal Supremo, jerárquicamente superior a aquéllos, con el objeto de unificar la doctrina de las sentencias dictadas en suplicación que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas (en ocasiones con la misma Sección⁶⁶⁵ o con otra u otras de la misma Sala) o con sentencias del Tribunal Supremo, sobre la base de una identidad respecto a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales entre los mismos o distintos litigantes, caso éste más frecuente (art. 219.1 LJS)⁶⁶⁶.

En pretensiones de tutela de derechos humanos y libertades fundamentales es alegable la contradicción también⁶⁶⁷ con la doctrina de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, los órganos jurisdiccionales instituidos en Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en interpretación del derecho comunitario⁶⁶⁸, si bien bajo las mismas condiciones subjetivas y objetivas señaladas.

En el último caso la sentencia queda limitada a la concesión o denegación de la tutela concreta según la aplicabilidad de esta doctrina al caso planteado (art. 219.2 LJS), en coherencia con el principio de primacía del derecho comunitario. Así lo acordó el Pleno de la Sala Cuarta del TS⁶⁶⁹ en estos términos: «En los supuestos del art. 219.2 LRJS, con doctrina de contradicción del TC y órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos y libertades 104 fundamentales, TEDH y TJUE, en los casos de infracciones de garantías procesales fundamentales o derechos fundamentales sustantivos, la igualdad sustancial de las situaciones respectivas debe estar referida a la pretensión de tutela del derecho o libertad en el aspecto concreto de que se trate. Con iguales requisitos se examinará la contradicción respecto

665 STS de 4 de abril de 2017 (RCUD núm. 1069/2015). La sentencia recurrida y la referenciada fueron incluso del mismo Ponente, y dictadas en el mismo proceso. Eludió la autoridad de la cosa juzgada formal dictando una primera resolución que no observó caducidad de la acción y una segunda donde sí lo hizo.

666 Véase MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. V parte Estudio*, Aranzadi, Pamplona, 1998 (BIB 1998\923).

667 Acuerdo no jurisdiccional de 11-2-15, del pleno de la Sala de lo Social.

668 Véase STS de 25 de febrero de 2016 (RCUD núm. 846/2014), F.J. 3º, que reitera doctrina sobre recargo de prestaciones, o la STS de 4 de febrero de 2015 (RCUD núm. 2085/2013), F.J. 2º y 3º que también reitera doctrina sobre vacaciones e IT superpuestas. Resulta de sumo interés la ponencia «Los efectos prácticos de la doctrina reciente del TJUE en nuestro derecho laboral interno» de ROJO TORRECILLA, E., presentada en el XVI Congreso ASNALA (<http://www.slideshare.net/erojotorrecilla/ponencia-xvi-congreso-asnala-20-diciembre-de-2015>).

669 Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015, ya citado.

de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho Comunitario». Acuerdo en el que se advierte además que cuando «... en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas». Añadía que al «... analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, pues debe permitir que se aprecie una divergencia de doctrinas respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva. (Por ejemplo: litisconsorcio necesario o desistimiento por incomparecencia)». Por otra parte, en «... los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina, o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión»⁶⁷⁰.

En definitiva, se trata de un recurso inspirado en el principio de igualdad en la aplicación de la ley pero que, según alguna opinión doctrinal⁶⁷¹, descuida *la igualdad en la interpretación de la ley*.

Se ha calificado a este recurso, además, de excepcional y de especial. Se trata de una modalidad cualificada de casación⁶⁷². Desde su configuración legal y operativa forense, los letrados han topado con varios obstáculos en determinadas materias, por la dificultad que entraña muchas veces dar con la sentencia o sentencias firmes que decidieron «*idéntica situación*» en hechos, fundamentos y pretensiones «*sustancialmente iguales*» llegando a un pronunciamiento dispar (art. 219.1). También porque importantes cuestiones no alcanzaban la suplicación y porque «al exigir sentencias contradictorias por parte de decisiones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores, la interpretación uniforme del derecho que con el recurso se pretendía llegaba después de varios años de inseguridad»⁶⁷³.

La resolución de este recurso es delicada y laboriosa. La Sala Cuarta ha de realizar constantemente el «juicio de identidad» y el «juicio de contradicción» en cada recurso y realmente su doctrina al respecto no puede catalogarse como homogénea -quizás porque es una labor imposible- ya que en ocasiones el juicio es severo, hay o no hay identidad, y en otros casos superan el canon supuestos semejantes o análogos, excusando las diferencias, seguramente, por el interés que presenta dotar de doctrina unificada al conflicto en cuestión. Y es que la casación unificadora aúna el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*, con preferencia en el último. Son numerosísimos sus pronunciamientos de inadmisión en autos y en sentencias por falta de contradicción, y es que este inconveniente incluye el previo juicio de identidad.

La solemnidad y rigor de su preparación ante la Sala de Suplicación que muchas veces ésta no objeta, es lo que el TS justifica como causa de inadmisión en ese trámite con sus «temidos»

670 STS de 11 de marzo de 2015 (Rec. núm. 1797/2014), F.J. 2º E).

671 ORTELLS RAMOS, M., «La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de “Unificación de Doctrina” y de “Interés Casacional”», www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf, cit., p. 34.

672 MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina...», cit.

673 MOLINER TAMBORERO, G., «El sistema de recursos en la nueva Ley de la Jurisdicción Social», *El Laboralista*, marzo de 2012, ASNALA (www.elaboralista.com), p. 7.

autos, pero incluso salvado éste tras su interposición, el Alto Tribunal sentencia a menudo la desestimación del recurso por falta de contradicción. Son decisiones judiciales del más alto rango pero que dan muestra en ocasiones del inevitable «arbitrio judicial», por excelente que sea la justificación del pronunciamiento. A este respecto, la doctrina constitucional además de atenuar la aplicación del principio *pro actione* para el acceso al recurso, y no obstante ello, ha otorgado amparos por vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley con fundamento en la existencia del *tertium comparationis*, matizada por la concurrencia de la «referencia a otro», la identidad del tribunal que establece la diferencia y la ausencia de toda motivación que justifique el cambio de criterio⁶⁷⁴.

Por eso el nuevo tenor del art. 219.2 LJS sobre la finalidad del recurso se considera por la Sala Cuarta en estos términos: «En relación a la metodología que esta Sala IV del Tribunal Supremo debía utilizar para efectuar el necesario término de comparación entre doctrinas que pueda conducir a la admisibilidad del recurso, hemos indicado que, en estos casos en que se aporte como sentencia contradictoria un pronunciamiento de estos órganos jurisdiccionales, el análisis de las identidades deberá efectuarse igualmente con arreglo al apartado 1 del art. 219 LRJS, pero teniendo en cuenta las singularidades del procedimiento en el que se dicta la sentencia invocada de contraste, no siendo suficiente que se invoque el mismo precepto sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección (...) no se exige la identidad integral habitual (“hechos, fundamentos y pretensiones”) pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado)»⁶⁷⁵.

A pesar de todo, la parte desfavorecida por la sentencia de suplicación no se amilana, puesto que sabe que con esta tercera oportunidad puede llegar a satisfacer su pretensión, aliviar la condena o conseguir su absolución. A diferencia del recurso de suplicación y del de casación, la revisión fáctica carece de contenido casacional en la unificación de doctrina⁶⁷⁶, como se deduce claramente de su finalidad y objeto (arts. 219 y 225.4 LJS). Aún así, claro está sin éxito, se ha intentado ese objetivo en más de una ocasión⁶⁷⁷. No obstante, la disposición común a los tres recursos devolutivos relativa a la admisión de documentos nuevos (art. 233 LJS) presenta aquí su peculiaridad. Admite el precepto la presentación por la parte, de sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

Con su incorporación no puede aspirarse, como se dice, a la revisión de los hechos declarados probados. Sin embargo, según el nuevo documento en cuestión su trascendencia puede ser decisiva. Así lo demuestra una reciente Sentencia⁶⁷⁸. Anticipo que el documento incorporado fue una Sentencia firme de la misma Sala de Suplicación que dictó la recurrida en unificación de doctrina y que afectaba a los mismos litigantes por idéntico y fatal acontecimiento, gracias a la

674 DESDENTADO BONETE, A., «El proceso social en la doctrina constitucional reciente (2003-2007) Una reseña crítica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 73, Madrid, pp. 66-67.

675 STS de 30 de noviembre de 2016 (RCUD núm. 1307/2015), F.J. 2°.

676 Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La prueba en los recursos laborales (interpretación y alcance del artículo 231 de la ley de procedimiento laboral)», *Revista Xuridica Galega*, n° 28, páx 13, www.rexurga.es.

677 ATS de 30 de mayo de 2006 (RCUD núm. 4546/2004).

678 STS de 13 de abril de 2016 (RCUD núm. 3043/2013).

cual se produce un «doble»: se alcanza la contradicción -que con la aportada de contraste no se hubiese logrado-, y se les beneficia por el efecto positivo de la cosa juzgada material. El caso en cuestión ha dado qué hablar pero no por su aspecto procesal sino por el fondo de la controversia y en relación al derecho a una justicia sin dilaciones. El marido y padre de los actores falleció en accidente de trabajo en julio de 2007. En el mes de abril del año pasado consiguieron el derecho a ser indemnizados, dado que tanto el Juzgado de lo Social como la Sala de Suplicación les negaron el mismo por imputar la causa de la muerte a la imprudencia temeraria del trabajador, y esto a pesar de que la misma Sala del TSJ con otra Sentencia -la aportada *ex novo*- había confirmado un 50% de recargo sobre las prestaciones por el accidente de trabajo (esto sí que es contradicción). Ahora bien, a pesar del excesivo tiempo transcurrido, casi nueve años, podemos preguntarnos qué suerte judicial hubiese deparado a esta familia la aplicación de lo previsto en la vigente LJS sobre acumulación de acciones (art. 25.4) en reclamaciones sobre accidente de trabajo (en relación con el art. 30 del mismo texto legal)⁶⁷⁹, en tanto que a pesar de su carácter potestativo se tiende a la acumulación, cuando es posible.

Otra Sentencia⁶⁸⁰ de la Sala Cuarta dictada en proceso de despido disciplinario por ausencias injustificadas anudadas a una alta médica impugnada argumenta, en principio, sobre la falta de contradicción de las sentencias contrastadas. Pero al haberse incorporado por la propia Sala dos documentos nuevos tras la solicitud de la recurrente: una sentencia firme de un Juzgado de lo Social y una Resolución de la Dirección Provincial del INSS, observa identidad fáctica muy próxima y concluye en la concurrencia de la contradicción necesaria. En este caso se aplica la doctrina jurisprudencial según la cual para evitar indefensión, producida de forma material -no formal- por circunstancias sobrevenidas no imputables a la parte, sólo puede decretarse la nulidad de actuaciones cuya petición se entiende consustancial a la solicitud de incorporación de los nuevos documentos⁶⁸¹. Así que, en su parte dispositiva se estima el recurso y se declara la nulidad de actuaciones desde que se dictara sentencia por el Juzgado de lo Social para que «previa integración de la relación de probanza con el contenido de los documentos incorporados a los autos en el trámite de este recurso», dicte aquél nueva sentencia con entera libertad de criterio.

Respecto a los diversos pronunciamientos de la sentencia que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina (art. 228 LJS), en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada en otros procesos. En coherencia con ello la sentencia de contraste ha de ser firme y cuenta con la autoridad de cosa juzgada. Los efectos de la sentencia que resuelve el recurso son los siguientes:

- Si *se desestima* genera la confirmación de la sentencia dictada en suplicación, se exprese o no en su fallo, lo que exige (apdo. 3) que en su fundamentación jurídica se haya argumentado y razonado sobre la condición ajustada de la doctrina contenida en la recurrida. En su parte dispositiva se dispondrá, además, la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos efectuados, la pérdida del depósito para recurrir y la condena en costas, en su caso.

- Si considera la Sala Cuarta que *la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina* (apdo.

679 Es probable, aunque nunca lo sabremos, que la tremenda dilación permita hoy entonar también el dicho: «no hay mal que por bien no venga».

680 STS de 20 de diciembre de 2016 (RCUD núm. 3522/2014).

681 STS de 9 de mayo de 2011 (RCUD núm. 2408/2008), en el F.J. 3º de la señalada *ut supra*.

2) la casará y anulará, resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a esa unidad de doctrina que alcanza a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada, se decidirá sobre consignaciones, aseguramientos, costas y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación y, si se hubiese constituido depósito para recurrir –seiscientos euros–, se acordará su devolución. Pero en ambos casos, desestimación o estimación del recurso en atención a las doctrinas contrastadas, cabe una tercera solución. Es decir, la Sala Cuarta no está limitada a los dos criterios sino que puede innovar al resolver el asunto litigioso.

Se trata del denominado *tertium genus* en este concreto campo de referencia que la Sala Cuarta mantiene desde su Auto 366/1992, de 1 de julio, con el argumento de que la doctrina sentada en una sentencia de unificación «no puede unificarse más de lo que ya está unificado. Esto no quiere decir que aparezca como petrificada una determinada dirección doctrinal, impidiendo la evolución interpretativa que se dará cuando aparezcan otros condicionamientos, cuya enumeración implicaría riesgo de omisiones y que no son del caso señalar»⁶⁸² sin incurrir por ello en incongruencia, tal y como argumentó el TC: «tampoco puede olvidarse la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina,...que, sobre la base de discrepancias en las ratio decidendi de distintas Sentencias sobre unos mismos conflictos, autoriza al Tribunal Supremo, Sala de lo Social, a realizar un enjuiciamiento corrector de la interpretación llevada a cabo por los Tribunales Superiores de Justicia de los preceptos aplicados al supuesto, para deducir incluso una doctrina legal distinta a la acogida por las Sentencias puestas en contraste. Pese a que las pretensiones impugnatorias sólo pueden respaldarse en la apreciación de discrepancias entre distintas Sentencias, resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores. Por ello, no cabe entender que concurre incongruencia cuando el Tribunal Supremo se aparta de los argumentos de estos y basa su decisión en fundamentos jurídicos distintos y extrae consecuencias jurídicas distintas, siempre que resuelva “el debate planteado en suplicación”»⁶⁸³.

- Además, y aunque no formen parte de los posibles pronunciamientos incluidos en el art. 218 LJS, son posibles y relativamente frecuentes otros. En concreto, las sentencias por las que se inadmite el recurso especialmente por no superar *el juicio de contradicción*. La Sala Cuarta no siempre decide en este sentido a través del correspondiente auto, en el trámite de admisión (art. 225.5 LJS). Por otra parte, es recurrente en este trabajo señalar que ciertas cuestiones procesales que inciden en la válida constitución de la relación jurídico-procesal se consideran de orden público y por ello son apreciables de oficio, sin necesidad de alegación por la parte demandada en la instancia o en los recursos. También son apreciables de oficio infracciones procesales en que se incurre, en ocasiones, en la producción de la sentencia recurrida en casación unificadora o incluso en su predecesora, la del juzgado de lo social, aunque ni la parte perjudicada ni la Sala de suplicación hayan reparado en ello.

Por tanto, y a pesar de la concreta finalidad de las sentencias dictadas en unificación de doctrina y de la previsión del art. 240.2 LOPJ en su último párrafo y del art. 227 LEC que disponen que «En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare

682 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Artículo 228. Sentencia.», en AA.VV., *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 1260.

683 STC 172/1994, F.J. 3º.

falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.», la Sala Cuarta considera que «en algunos casos sumamente limitados y extremadamente excepcionales, cuando en la tramitación del proceso se ha cometido una muy grave vulneración de las normas que rigen el mismo, y esa vulneración es de carácter particularmente trascendente e intenso, hasta el punto de haber producido la quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la Constitución, esta Sala ha llegado a declarar de oficio, sin necesidad de concurrencia de la citada contradicción, la nulidad de lo actuado a partir de ese gravísimo quebrantamiento de las normas procesales. Pero esto sólo ha tenido lugar en supuestos manifiestamente reducidos y extremos, en los que es preciso que concurren las especialísimas circunstancias que se acaban de exponer»⁶⁸⁴.

El mismo criterio se reiteró para fallar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida porque La Sala de lo Social del TSJ había resuelto el recurso de suplicación sobre una sentencia del juzgado de lo social que no era la recurrida en suplicación, lo que se calificó de «evidente error de concepto que vicia de raíz y por completo la decisión adoptada en ella»⁶⁸⁵. Han sido muchos los casos en que la nulidad de oficio se ha adoptado por razón de incompetencia funcional⁶⁸⁶, y la Sentencia del Pleno de la Sala de 19 de abril de 2005 (RCUD núm. 855/2004) entendió que los artículos señalados «han de interpretarse en el sentido de que el condicionamiento de la petición de parte para la declaración de nulidad de actuaciones, que estos preceptos establecen, ha de referirse a aquellas causas de nulidad que afectan a las partes que han actuado en el proceso y que están presentes en él, pero que esas limitaciones no pueden proyectarse sobre los terceros que debieron ser partes, pero que, por defectos en la constitución de la relación procesal, no han entrado en el proceso y no pueden recabar la tutela que podría corresponderles» (F.J. 3º), criterio a través del cual apreció de oficio una falta de litisconsorcio pasivo necesario que determinó la retroacción de actuaciones al momento de interponerse la demanda ante el juzgado de lo social. Además, en la misma resolución la Sala se vale de otro argumento que, si bien no fue explícitamente el nuclear para adoptar la decisión, resulta de gran utilidad para salvar en ciertos procesos la barrera de los repetidos preceptos. Se trata de la condición de parte del Ministerio Fiscal en muchos procesos sociales, según las previsiones de la LJS. Con ello, y su necesaria intervención en los recursos de casación es factible su solicitud de nulidad de actuaciones.

Y es que la unificación de doctrina aspira a establecer su doctrina para el futuro y *erga omnes*, «persigue un interés público superior al de las partes (...) dar seguridad en la aplicación uniforme de la norma interpretada», y por ello cuenta con un «plus de *potestas* que atribuye el legislador a las sentencias dictadas en este recurso»⁶⁸⁷.

Todas las sentencias de la Sala Cuarta que resuelven recursos de casación para la unificación de doctrina deben emitir y argumentar un pronunciamiento previo en torno al juicio de contradicción. Su doctrina⁶⁸⁸ al respecto incide en los siguientes aspectos:

684 STS de 17 de julio de 2000 (RCUD núm. 1969/1999), F.J. 4º.

685 STS de 16 de septiembre de 1998 (RCUD núm. 2853/1997), F.J. 2º.

686 Citados en el F. J. 3º de la Sentencia señalada *ut supra*.

687 MOLINER TAMBORERO, G., «La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*/35-2013 (www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/.../tribuna.pdf)

688 STS de 5 de abril de 2017 (RCUD núm. 1592/2015), F.J. 2º, por todas.

- La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el art. 219 LJS, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales».
- La contradicción surge de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, no de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias.
- «El carácter extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que la identidad de la controversia se establezca teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que todo motivo formulado en este recurso que no coincida con el recurso de suplicación constituye una cuestión nueva, dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto el término de referencia en el juicio de contradicción “es una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación”. La identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que la contradicción basada en una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que dicha contradicción pueda ser apreciada, de modo que, en definitiva, nada hay que unificar, objeto de este recurso extraordinario, cuando no existen doctrinas contrapuestas, porque una de las sentencias comparadas no abordó el problema».

Superado o no este juicio con la conclusión de que existe o no doctrina contradictoria que precisa unificación en el primer caso, la Sala argumenta sobre si la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste o en la recurrida. En ambos momentos, el análisis sobre la contradicción y el pronunciamiento sobre la alternativa doctrina correcta, suele servirse también de su propia doctrina, de manera que la propia Jurisprudencia del TS supedita su argumentación jurídica y justificativa y, con ella, la motivación de sus sentencias. Cuestión que dirige al concepto de jurisprudencia, a su distinción con el «precedente judicial» y a su controvertido carácter vinculante.

Consciente el legislador del rigor de la casación unificadora, igual que lo ha sido el TC al admitir el recurso de amparo en supuestos en que no se ha agotado la vía judicial con este recurso⁶⁸⁹, introduce en la LJS una particular *unificación de doctrina en misión de defensa de la legalidad*, calificada de «pura». Distingue dos escenarios (art. 219.3). Por un lado, el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los TRADE o entidades públicas que por sus competencias ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial del objeto del proceso, puede interponer el recurso si no existe doctrina unificada en la materia, en tres casos⁶⁹⁰:

689 STC 183/2007 y otras anteriores y posteriores.

690 CASAS BAAMONDE, M.E., «Jurisdicción social y jurisdicción constitucional: el renovado recurso de casación para la unificación de doctrina “común” y sus nuevas modalidades en interés de la legalidad», *Relaciones Laborales*, nº 9, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 de mayo 2012, año 28, pág. 1, tomo 1, Editorial LA LEY (LA LEY 5042/2012).

1. Cuando se hayan dictado pronunciamientos distintos por los TSJ interpretando las mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales.
2. Cuando se compruebe la dificultad de que la cuestión pueda acceder a la unificación de doctrina según los requisitos legalmente exigidos.
3. Cuando las normas debatidas sean de reciente vigencia o aplicación, siendo así cuando no han alcanzado cinco años de vigencia al iniciarse el proceso y no existen todavía resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones controvertidas que cumplan los requisitos de la casación para la unificación de doctrina.

Por otro, y en tanto que de la preparación del recurso por la Fiscalía se dará traslado a las demás partes hayan o no preparado el curso para que en plazo soliciten, en su caso, que el Ministerio Fiscal interese la alteración de su situación jurídica particular fruto de la sentencia recurrida en su nombre, calificada como «mixta»⁶⁹¹, la estimación de la casación unificadora en defensa de la legalidad afectaría a la situación jurídica concreta de la parte o partes adheridas, efecto que como es natural no se da en el primer escenario. En él, interpuesto el recurso por el Ministerio fiscal, sin adhesión de las partes, la sentencia de la Sala Cuarta fija en el fallo la doctrina jurisprudencial -sin afectar a las partes- y publicado en el BOE, *complementará el ordenamiento jurídico, vinculando aquélla a todos los Juzgados de lo Social, Salas de lo Social de los TSJ y Sala de lo Social de la Audiencia Nacional*. Debe aclararse que «pese a la defectuosa redacción del precepto, el TS reunido en Sala General ha entendido que las previsiones referidas a la publicación de la sentencia en el BOE y a su eficacia vinculante con el alcance expuesto, rigen también en esta hipótesis (STS 28-1-13, Rec. 812/2012, 814/2012 y 815/2012)»⁶⁹².

En relación con esta singular y exclusiva legitimación del Ministerio Fiscal, puede ser interesante trasladar al texto las Pautas que para los Fiscales Delegados de lo Social ha establecido la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 4/2012, de 3 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la Jurisdicción Social. Son las siguientes:

- «a) deben tener especial cuidado en que la fecha de la notificación de la sentencia coincida con la fecha real de la notificación al existir un plazo de solo diez días, a partir de dicha notificación, para preparar el recurso.
- b) a efectos de una posible interposición del recurso de oficio, prestarán especial atención a las sentencias dictadas en procesos en los que el Ministerio Fiscal haya sido parte, en los procesos en los que se debate la competencia de la jurisdicción social y en los que se apliquen normas de reciente vigencia.
- c) examinarán con la debida celeridad las solicitudes de interposición del recurso presentadas por asociaciones y entidades en general a los efectos de rechazar de plano las que resulten improcedentes comunicando de inmediato su resolución a la Fiscalía del Tribunal Supremo. Como todas las asociaciones y entidades a que se refiere el art. 219.3 LRJS tienen sus propios

691 *Ibidem*.

692 PALOMO BALDA, E., «Artículo 219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora...*, cit., p. 1464.

servicios jurídicos o asesoramiento legal, es necesario exigirles que sus solicitudes guarden la debida formalidad y justificación que se desprende de la regulación legal. A estos efectos puede señalarse que dichas solicitudes, además de aportar la sentencia que pretenden sea recurrida, deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Justificación de su legitimación por ser alguna de las entidades recogidas en el art. 219.3 LRJS. 2. Justificación de su legítimo interés en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa (art. 219.3). 3. Concreción de la cuestión que pretenden sea unificada por el Tribunal Supremo. 4. Manifestación de que no existe doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada. 5. Manifestación de que no ha encontrado sentencias que reúnan los requisitos legales para interponer el recurso por las vías del art. 219.1 o 2 LRJS. 6. Justificación de que la cuestión tiene interés casacional mas allá de la infracción legal que se denuncia (Preámbulo de la LRJS, apartado VI). 7. Identificación del supuesto entre los tres previstos en el art. 219.3 por el que consideran que pueda fundamentarse el recurso del Ministerio Fiscal; en el caso del primer supuesto, deberán acompañar la sentencia (firme o con posibilidad de adquirir la firmeza en plazo legal) que consideren tiene un pronunciamiento contrario ante circunstancias sustancialmente iguales; en el caso del segundo supuesto, deberán acreditar la dificultad de que la cuestión haya accedido a unificación de doctrina; en el tercer caso, manifestación que no han encontrado resoluciones suficientes e idóneas que cumplen los requisitos del apartado I del art. 219 LRJS. 8. Fundamentación jurídica de la infracción legal que denuncian.

d) Cuando el Fiscal Delegado valore la conveniencia de interponer recurso, de oficio o a instancia del solicitante, lo pondrá en conocimiento de la Fiscalía del Tribunal Supremo por el medio más rápido posible con remisión de la sentencia que se pretende recurrir y toda la documentación que obre en su poder indicando la fecha de la notificación al Ministerio Fiscal.

e) Cuando la Fiscalía del Tribunal Supremo considere pertinente la interposición del recurso, remitirá también por el medio más rápido posible el escrito de preparación del recurso al Fiscal Delegado para que éste lo presente ante la Sala de lo Social dentro de plazo, dando cuenta a la Fiscalía del Tribunal Supremo de todas las incidencias que se produzcan durante la tramitación del recurso ante dicha Sala, hasta la remisión de la causa al Tribunal Supremo».

Hasta el momento, este recurso ha proporcionado las siguientes sentencias: STS de 18 de septiembre de 2013 (RCUD núm. 3120/2012), en BOE núm. 289, de 3-12-2013, sobre cómputo prestacional de los días-cuota, STS de 15 de octubre de 2013 (RCUD núm. 1195/2013), en BOE núm. 9, de 10-1-2014, sobre contenido del escrito de impugnación del recurso de suplicación y SSTs de 4 y 6 de octubre de 2016 (RCUD núm. 2323/2015 y núm. 2763/2015), ambas en BOE núm. 289, de 30 de noviembre, sobre competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de demandas en reclamación de intereses sobre prestaciones de las que es responsable el FOGASA⁶⁹³.

693 En relación con las dos últimas Sentencias, véase CAMPOY MIÑARRO, M., «Jurisdicción Social para la reclamación de intereses de demora al FOGASA», *El Derecho*, http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Jurisdiccion-Social-reclamacion-intereses-demora-FOGASA_11_1014805001.html. y MORENO PÉREZ, J.M., «El orden social conoce de los intereses moratorios contra el FOGASA: domina la razón práctica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2016, 2763/2015», *RTSS. CEF*, núm. 408 (marzo 2017).

6.3.1. La doctrina unificada y su vinculación como «precedente judicial»

La disposición del último apartado del art. 219. 3 LJS respecto a las sentencias dictadas en casación para la unificación de doctrina «en defensa de la legalidad» incluye una precisión «se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, *vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo*» que no se encuentra en ningún otro precepto de la norma adjetiva. El art. 12 de la LOPJ insiste y precisa sobre la independencia judicial constitucionalmente consagrada en la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico y su art. 13 obliga a todos a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.

El artículo 1 del Código Civil es uno de los primeros contenidos que se estudian en las facultades de Derecho y con su apartado 6º se asume que la Jurisprudencia no se tipifica como fuente del ordenamiento jurídico español sino que su función es complementarlo. De la norma se obtiene el significado legal de Jurisprudencia que identifica con la doctrina reiterada en las sentencias del TS, lo que exige al menos dos sentencias.

Hay dos cuestiones que desde hace tiempo se analizan y son objeto de controversia. Una se refiere a la conveniencia de que la Jurisprudencia llegue a operar en nuestro sistema judicial y en otros de tradicional corte continental con la fuerza vinculante del precedente judicial en su vertiente vertical. Este aspecto precisa algunas aclaraciones. Por una parte, en los ordenamientos de *common law* y en los de *civil law* el precedente ha dejado de ser característica exclusiva de los primeros y ha adquirido presencia en los segundos⁶⁹⁴. Por otra, a pesar del uso indiscriminado de los vocablos precedente y jurisprudencia sus diferencias en términos generales señalan a que el precedente suele referirse a una decisión y la jurisprudencia a una pluralidad de ellas y a que el primero suministra una regla que se puede aplicar en un caso sucesivo una vez apreciada identidad o analogía fáctica y la segunda atiende más que a los hechos, a las máximas elaboradas por la sala del Alto Tribunal⁶⁹⁵. Puede recordarse también que el precedente opera asimismo en el ámbito administrativo pero el protagonista de la institución es el judicial, mientras que la jurisprudencia, independientemente de que sea denominada también doctrina legal o jurisprudencia constitucional se restringe a la Cúspide jurisdiccional.

La otra ya se ha anticipado. En nuestro país la jurisprudencia para alcanzar esta condición requiere dos o más sentencias del Tribunal Supremo que reiteren la misma doctrina y además no está tipificada como fuente del ordenamiento jurídico, lo complementa que no completa (art. 1.6 CC). No obstante, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se benefician de manifestaciones legales más contundentes. El art. 161.1.a) sobre el objeto legal del recurso de inconstitucionalidad y el 164.1 de la CE sobre los efectos *erga omnes* de sus sentencias -salvo las dictadas en amparo, que se limitan a la estimación subjetiva de un derecho- más el broche que brinda el art. 5.1 LOPJ que «vincula a todos los jueces y tribunales» a la interpretación de las leyes y reglamentos otorgada por aquél, permiten afirmar «que sus resoluciones tienen en principio vinculatoriedad formal o fuerza normativa»⁶⁹⁶. Tampoco se ignora el papel de la jurisprudencia

694 TARUFFO, M., «Precedente y jurisprudencia», *Precedente Revista Jurídica*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad ICESI, 2007, p. 85.

695 *Ibidem*, pp. 87-88.

696 MARTÍN VALVERDE, A., «Valor del precedente y unificación de doctrina», *Actualidad Laboral*, Nº 6, Junio 2014, Wolters Kluwer, 2014, p. 633.

conformada por el TJUE como precedente comunitario, el del TEDH y, por ceñirnos al orden social de la jurisdicción, la fuerza vinculante (carácter «normativo») de las sentencias de casación dictadas en procesos de conflicto colectivo y de impugnación de convenio o acuerdo colectivo⁶⁹⁷. Pero el foco se dirige aquí, como se ha rubricado, a la doctrina unificadora social.

La posible, real, demandada o rechazada fuerza vinculante de la jurisprudencia con la autoridad de precedente judicial implica a varios principios constitucionales que en su aplicación práctica pueden resultar si no incompatibles, al menos de difícil comunión: la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la igualdad en la aplicación de la ley que deriva del principio de igualdad legal (art.14 CE) y se conecta a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) a través de la argumentación que concreta la justificación o motivación en la sentencia, y la independencia judicial con sometimiento únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE), reiterada en el art. 12 de la LOPJ como se ha visto.

Con las previsiones legales que contamos y a pesar de los innegables efectos de la doctrina jurisprudencial del TS entre los operadores jurídicos antes y durante el proceso, del papel esencial de interés público de la casación unificadora, del respeto de muchos tribunales inferiores de la planta ordinaria hacia ella, incluso a veces no compartiendo sus criterios, de que muchas de las innovaciones legislativas se caracterizan por integrar en gran parte de sus normas la doctrina jurisprudencial unificada y de que no hay investigación jurídica que pueda obviar la jurisprudencia y la doctrina unificada, legalmente y hoy por hoy la «Jurisprudencia» y, más en concreto la unificadora, en principio sigue jugando un papel persuasivo o disuasorio, por más que merezca por múltiples razones un reconocimiento legal y expreso de su fuerza vinculante⁶⁹⁸. Y es que si se materializase esta posibilidad, habrían de establecerse su alcance y sus límites. El principio de independencia judicial con sometimiento único al imperio de la ley, permite a los jueces y Salas inferiores discrepar de la Jurisprudencia. Y la doctrina unificada, hasta no ser reiterada ni siquiera alcanza conceptualmente el estatus de jurisprudencia.

Así que en atención a la clásica tipología del precedente, *vertical*, *horizontal* y *autoprecedente* sólo el último, en rigor, encuentra en nuestro país un tratamiento preciso y susceptible de control. Los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley en el ámbito jurisdiccional cuentan con un marco definido por el TC. El *vertical* presupone una organización regida por la jerarquía entre órganos judiciales y determina que los inferiores sigan siempre en sus resoluciones el criterio establecido por el TS (regla del *stare decisis*)⁶⁹⁹, con el precedente *horizontal* la vinculación u obligación opera entre jueces del mismo nivel y el *autoprecedente* implica que el mismo juez o Sala siga sus propios precedentes, si bien algún iusfilósofo lo unifica con el horizontal⁷⁰⁰.

Así que el tema en cuestión se anuda al precedente *vertical*. La condición referida a la doctrina «reiterada», dos o más sentencias, que impone el art. 1.6. CC para conceptualizar la Jurisprudencia

697 *Ibidem*, pp. 634-639.

698 MOLINER TAMBORERO, G., «Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrinas», *Revista del Poder Judicial* N° 93, CGPJ, Madrid, 2012.

699 ITURRALDE, V., «Precedente Judicial», cit., p. 196.

700 GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., «La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del Derecho en constante renovación», *FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva época*, núm. 4/2006, Universidad Complutense de Madrid, p. 135.

puede ser relativizada. Si se da la relevancia que merece al hecho de que para que la casación unificadora cumpla su principal cometido, unificar doctrina, ha de resolver sobre dos sentencias: la recurrida y la referencial o de contraste, y que con ello el «interés casacional» sin excluir la necesidad del «gravamen» del recurrente supera al último, al punto de que no existiendo el primero, el segundo pierde totalmente relevancia y autoriza la inadmisión del recurso (art. 225.4 LJS), podría validarse la reiteración exigida con las sentencias contrastadas. Más aún si la sentencia referencial es de la propia Sala Cuarta.

Otro dato valioso que acerca poderosamente la casación unificadora al tradicional precedente judicial con su intrínseca fuerza vinculante es el, muchas veces complicado, juicio de contradicción que la Sala Cuarta ha de evacuar y considerar superado para admitir y resolver el recurso puesto que entraña el juicio de identidad entre ambas sentencias (art. 219 LJS), y esta identidad o similitud es consustancial al precedente. Se ha dicho antes que la doctrina del TS sobre el canon de identidad para superar el juicio de contradicción no es homogénea, a veces es severa y otras veces excusa las diferencias. El precepto sostiene la identidad en «hechos, fundamentos y pretensiones *sustancialmente iguales*» y la contradicción en los pronunciamientos distintos, así que la relativización que en ocasiones opera la Sala sobre la igualdad sustancial que fija la norma al detallar cada elemento y su marco comparativo, no puede sino estar al servicio del «interés casacional».

Otra circunstancia de gran relevancia⁷⁰¹ y que no es comúnmente atendida en los estudios sobre la vinculación de la doctrina jurisprudencial gira en torno a la inaplicación del principio general de irretroactividad de las leyes en relación con ella y a las situaciones que desencadena por cuanto de pronto la Sala decide no seguir su autprecedente y modifica motivadamente el criterio mantenido hasta ese momento. Ya se ha analizado que la vinculación al propio criterio, el respeto al autprecedente está al servicio de los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica, pero también que el cambio y la adaptación son muchas veces necesarios e inevitables. Ahora bien quizás llegue a cuajar una propuesta concebida desde la propia Cúspide jurisdiccional que plantea «anunciar» el cambio en sentencia anterior a aquélla que lo ejecuta⁷⁰².

701 «Efectos temporales de las sentencias de casación», *Ibidem*, pp. 18-21.

702 *Idem*.

Capítulo III.

**Exigencias constitucionales
proyectadas sobre la sentencia:
motivación, exhaustividad,
congruencia y ejecutividad.
El control de calidad de las
sentencias**

1. La motivación de las sentencias

1.1. Antecedentes

La motivación de las sentencias es una *exigencia* moderna, que no una práctica, y así lo demuestran los distintos estudios producidos sobre sus orígenes. Ha sido calificada como «coyunturalidad histórica» por cuanto «sin necesidad de llevar una estadística de los países y de las épocas en que se motivaba o no, y sin que parezca útil pronunciarse sobre cuál era la regla y cuál la excepción, lo que está fuera de duda es que durante doce siglos no se han motivado las sentencias en buena parte de Europa. Es incuestionable, por tanto, que *la motivación no responde a causas inmanentes del régimen procesal ni es un derivado del principio de legalidad ni tampoco se debe, en fin, a razones prácticas, ya que tanto pesan sus ventajas como sus desventajas. La raíz se debe buscar entonces en presiones ideológicas* y tal es, al menos, lo que explica el cambio que va a producirse en el siglo XIX previamente madurado por la Ilustración»⁷⁰³.

La mayoría de las investigaciones doctrinales han concluido que el Derecho romano y el germánico no prescribieron la obligación del juez de motivar sus sentencias. En el Derecho romano el *procedimiento formulario* que sucedió al de las «acciones de la ley», sólo era seguido si el actor conseguía previamente del pretor o magistrado una instrucción escrita al juez *-formula-* con la que éste en procedimiento posterior *-in iudicio-* decidía definitivamente la causa mediante una sentencia oral y sin sujeción a formas solemnes, limitándose a absolver o a condenar. En este procedimiento las partes ante el magistrado, y ayudadas por él, fijaban el *petitum* con base en los motivos que ellas proporcionaban eligiendo además el juez y las facultades que le otorgaban, luego la decisión del juez venía motivada en la fase del procedimiento anterior seguida ante el pretor. Además el juez podía inhibirse de dictar sentencia a través del juramento *rem sibi non liquere*⁷⁰⁴. Pero de estos datos no puede concluirse que la motivación no formase parte de la práctica judicial en esta etapa, y en la que le siguió. De hecho diversos romanistas han defendido la realidad de esta práctica⁷⁰⁵.

El proceso formulario es sustituido por la *cognitio extra-ordinem*. Aparece con Augusto para casos extraordinarios. Al particular le bastaba con tener reconocido un derecho subjetivo por el ordenamiento jurídico para poder demandar su reconocimiento y efectividad en justicia. El juez es un funcionario que recibe sus poderes del emperador y dicta sentencia por escrito que es leída ante las partes. No se establecen exigencias respecto a su contenido formal, si bien el juez la debe redactar ponderadamente - ponderación referida al proceso de formación de la sentencia en la mente del juez- sobre la base de una constitución de Valentiniano y Valente⁷⁰⁶. En definitiva, «... los romanos no exigieron de sus jueces una competencia técnica especial en cuestiones jurídicas, sino, simplemente, *virtus, probitas, integritas; non linguae volubilitas, non ars, non scientia*. En cambio, sí que influyeron circunstancias tales como nacimiento, riqueza, popularidad u otras, independientes de sus conocimientos jurídicos, tanto porque, en Roma, como es sabido, el proceso

703 NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 148.

704 LLOBELL TUSET, J., *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad Zaragoza, 1985, pp. 22 y 23.

705 ALISTE SANTOS, T.J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 41-57.

706 LLOBELL, J., *Historia de la...*, cit., pp. 23 y 24.

venía escindido en dos fases (...) tanto, porque, en aquellos tiempos, esas condiciones de clase social, riqueza, popularidad, dieran más poder que la ciencia por sí sola...»⁷⁰⁷.

Tras la caída del imperio romano de occidente, desde las invasiones bárbaras y hasta el renacimiento del Derecho romano, el estudio de los distintos periodos que comprende el Derecho germánico concluyen que no puede hablarse de motivación de la sentencia. Se crea un cuerpo de juristas que conocen las normas legales, y la dirección de los procesos es asumida por nuevos jueces en lugar de las antiguas asambleas. Sin embargo los poderes que se les atribuyen ni exigen ni permiten motivación, limitándose a controlar el procedimiento. Todo el proceso es oral y el juez sólo resuelve cuestiones de derecho. La prueba tampoco se somete a la apreciación del juez y sólo se practicará como consecuencia de la sentencia⁷⁰⁸.

Desde Graciano (Siglo XII) hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XVIII, en términos generales, la práctica de la motivación es desconocida en muchos de los tribunales europeos seculares⁷⁰⁹. En Francia⁷¹⁰, tras normalizarse hacia la segunda mitad del siglo XII el proceso escrito, aparecen, simultáneamente, sentencias brevemente motivadas, otras con abundancia de razones y otras carentes en absoluto de motivos, de lo que se deduce la inexistencia de precepto alguno que exigiese motivación. No obstante, la motivación se refiere a cuestiones de hecho. El confusionismo imperante sobre la ley aplicable a cada caso contribuye a la práctica de la no-motivación aunque es el absolutismo regio la razón con más peso. Los siglos XIV y XV transcurren en la misma línea, y en el XVI se destacan tanto la lucha del jurista SPIFAME por imponer la motivación de las sentencias y su publicación -aunque con la finalidad de lograr una jurisprudencia metódica y homogénea- como propuestas de los jueces en las que, además de perseguir principalmente la formación de una jurisprudencia, se alude a la función principal de la motivación: juzgar justamente, razonadamente. No obstante tuvieron poca fortuna ante el Consejo del rey que entendía debía predominar la libertad del juez. Aunque el siglo XVIII comienza en la misma línea, una iniciativa particular determina la publicación de las sentencias, lo que provocará su prohibición por el Consejo de Estado real, pero a partir de este momento «el ambiente está preparado para que se produzca un giro copernicano» en este tema⁷¹¹. Por contra, en los Estatutos de distintos Estados italianos se obliga a los jueces a motivar sus sentencias, si bien también existieron excepciones a la imposición de esta norma⁷¹².

707 MARTÍN DEL BURGO Y MARCHAN, A., *La justicia como problema. El juez como administrador del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 118.

708 LLOBELL, J., *Historia de la...*, cit., pp. 29 y 30.

709 *Idem*, p. 30.

710 Para un estudio detallado sobre la historia de los juicios motivados en Francia, en estos periodos y a partir de la Revolución francesa, véase, SAUVEL, M. T., «Histoire du jugement motivé», *Revue de Droit public*, 1955, pp. 5-53. Existe también un trabajo sobre la motivación de las sentencias desde la Edad Media hasta finales del siglo XVIII en Francia, Los Países Bajos y Alemania con referencias a otros países de Europa occidental y al Derecho romano, tratado principalmente desde el aspecto relativo al papel del juez en la «formulación» del derecho, de GODDING, P., «Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18 siècle» y, asimismo, en FORIERS, P y PERELMAN, CH., *La motivation des décisions de justice*, Bruselas: Emile Bruylant, 1978, pp. 37-67. De ellos se deduce que las razones utilizadas para prohibir la motivación coinciden con las que operaron en España.

711 Cfr. LLOBELL, J., *Historia de la...*, cit., pp. 31-35.

712 *Ibidem*, pp. 35-37.

En España las Partidas no regularon la motivación como requisito de las sentencias, pero del tenor de algunas de sus Leyes se ha colegido que «sí recogieron el espíritu de esta obligación»⁷¹³. Sin embargo la doctrina ha aclarado que «las disposiciones que cita MENÉNDEZ PIDAL para demostrar la afirmación de que «nuestro derecho histórico es rico en preceptos sobre la motivación de las sentencias...», se refieren a lo que hoy llamaríamos formación interna de la sentencia, pero no a la manifestación exterior de aquel *iter* formativo o de sus pasos más importantes. Así lo entendió la práctica y se deduce de las exposiciones de los autores. MENÉNDEZ PIDAL cita, entre otras, la Partida III, tit. XXII, ley III, que también puede verse citada por HEVIA BOLAÑOS, sin que al mismo tiempo haga ninguna referencia a la motivación de las sentencias»⁷¹⁴. De todos modos la práctica judicial en la motivación se interrumpió por el Consejo de Castilla. Además, las Ordenanzas de Medina de 1489 prescribieron el secreto de posibles votos particulares para evitar la queja de las partes y prohibieron su asistencia, así como la de cualquier interesado y el público en general al acto en el que se adoptaba la sentencia, forzando el secreto del mismo a los presentes⁷¹⁵.

Las Cortes de Monzón de 1510⁷¹⁶ y 1547⁷¹⁷ impusieron la obligación de motivar en los Derechos de Cataluña y Aragón respectivamente⁷¹⁸, y para el Reino de Mallorca, una Real Pragmática de Felipe II en 1571, publicada en 1576, dispuso algo similar. No obstante de diversas cuestiones planteadas por la Audiencia de Mallorca al rey Felipe V⁷¹⁹ puede deducirse que la práctica de la motivación en Mallorca era anterior a la Real Pragmática⁷²⁰, incluso tras prohibirse por el Consejo

713 LLOBEL TUSET, J., *Historia de la...*, cit., pp. 40-43.

714 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *RibDP*, 1977, 1, p. 901. Para un tratamiento detallado de la motivación en la Partida Tercera, véase ALISTE SANTOS, T.J., *La motivación de las...*, cit., pp. 82-84.

715 LLOBEL TUSET, J., *Historia de la...*, cit., pp. 40-43.

716 «En el Libro IV, Título III, II de *Constitucions y altres drets de Cathalunya*, se recoge el capítulo LV de las Cortes celebradas en Monzón por Fernando II, en 1510, en el que se dispone: “Mes avant statium, e ordenam ab loatio, e approbatio de la present Cort, que tots los Judges qui daran sentencias definitivas en lo present Principat de Cathalunya, e Comtats de Rosello, y Cerdanya, en quansevol Cort, o Consistori que sien, encara que fossen en nostra Reyal Audiencia, o de nostre Loctinent General, hajan, e sien tenguts de exprimir en las ditas sentencias diffinitivas los motius quels hauran moguts per aixi declarar, e diffinitivament sentenciar», ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del...», cit., p. 901.

717 «El Fuero *Ut Iudices, Consiliarii & Asesores motum suorum votorum exprimere teneant* (Cortes de Monzón, 1547) en el Libro VII, rúbrica *De sententia, & re iudicata*, dispone: “Otrosoi, porque por pronunciar los Juezes las sentencias diffinitivas sin decir por donde se han fundado a darlas, las partes quedan suspesas, y dudosas en la causa, y fundamento por do los Jueces se movieron, y de aquí se siguen apelaciones y otros recursos, con multiplicación de pleitos y procesos: y para esto evitar se hiciese provisión oportuna. Por ende su Alteza de voluntad de la Corte statuece y ordena, que todos los Consejeros y Asesores que han de aconsejar, y los Jueces que han de juzgar, sean obligados al tiempo que votaren, de dezir las causas y fundamentos principales, assi de Fuero, como de derecho, assi en lo civil, como en lo criminal, por donde se mueven a dar sus votos...», ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del...», cit., p. 902. PEDRAZ PENALVA, E., matiza que se dispone «aunque aludiendo al voto secreto del juez», en «Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», *RGD*, 1993, p. 7224.

718 LLOBEL TUSET, J., *Historia de la...*, cit., pp. 44-45.

719 «En el Auto Acordado dado por Felipe V, en Madrid, el 11 de diciembre de 1.717, se resolvieron las dudas planteadas por la Audiencia de Mallorca respecto al Decreto de Nueva Planta, una de ellas referida a la forma de dictar las sentencias: “Resolución. Sobre esta duda he resuelto que las referidas Sentencias, Decretos i provisiones, así definitivas como interlocutorias, se escriban en lengua castellana, i expresando motivos, como se ha mandado practicar, i se observa en Barcelona...», ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del...», cit., p. 902.

720 LLOBEL TUSET, J., *Historia de la...*, cit., pp. 45-46.

de Castilla⁷²¹. Respecto a los Reinos de Castilla y León, los estudios no coinciden. Se ha afirmado, como algo constatado, que las leyes castellanas no prohibían expresamente la motivación, ni la imponían⁷²². Frente a esta tesis, se destaca como ejemplo en la práctica de la motivación la Real Chancillería de Granada que motivaba sus sentencias⁷²³.

En cualquier caso la situación general se vio afectada por la Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778⁷²⁴ que ordenó cesar en la práctica de la motivación de las sentencias a todo el reino hasta el momento de la codificación⁷²⁵. Los argumentos de Carlos III en contra de la motivación, a saber, evitar cavilaciones o dudas en los litigantes y abreviar los procesos, se asemejan a los aducidos por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Medina, utilizados en el mismo sentido, y coinciden con los favorables a la motivación contenidos en el Fuero aragonés⁷²⁶.

721 LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, Ariel, Barcelona, 1974, p. 796.

722 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del...», cit., p. 901.

723 «Al subir al trono Felipe V acordó en los Decretos de Nueva Planta, en primer lugar: «...abolir y derogar enteramente...todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta aquí observadas en los referidos reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad que estos se reduzcan á las leyes de Castilla y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene, y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada...he resuelto, que la Audiencia de ministros que se ha formado para Valencia, y la que he mandado se forme para Aragón, se gobiernen y manejen en todo y por todo como las dos Chancillerías de Valladolid y Granada, observando literalmente las mismas regalías, leyes, práctica, ordenanzas y costumbres que se guardan en estas, sin la menor distinción y diferencia en nada...»; en segundo lugar, sancionar positivamente la exigencia de motivación, según específicamente se prescribió por la Real resolución de 11 de diciembre de 1717 “á consulta del Consejo, sobre diez y seis dudas propuestas por la Real Audiencia de Mallorca de resultas de su establecimiento, declarándose á la primera de ellas”, “Si las Sentencias, Decretos i provisiones, assi difinitivas como interlocutorias se han de hacer en lengua Latina, i con motivos, ò en lengua Castellana, i sin ellos; pareciendo havrà sido de mi Real intención que se hagan motivadas, i en lengua Latina, como se practicaba en la Antigua Real Audiencia, por manifestarlo claramente las siguientes palabras del Decreto: El Referido Regente, i Ministros han de conocer de las causas civiles, i criminales en la forma, i manera que lo hacian antiguamente; i en otra clausula: En el modo de procesar en las causas civiles, i criminales se observaràn las Pragmáticas, i estilos antiguos. Resolución. Sobre esta duda he resuelto que las referidas Sentencias, Decretos i Provisiones, assi difinitivas, como interlocutorias, se escriban en lengua Castellana, i expressando motivos, como se ha mandado practicar, i se observa en Barcelona, sin que pueda servir de reparo las palabras que se citan del Decreto de la nueva planta, en la forma, i manera, que se hacian antiguamente;...» PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico sobre...», cit., pp. 7225-7226. PEDRAZ inicia su ensayo señalando que «Históricamente, en España, la motivación de las sentencias fue una práctica bastante, y al mismo tiempo, irregularmente generalizada. Aunque el derecho castellano no contenía precepto alguno que así lo exigiere, observando el modo externo de sentenciar de los superiores, durante la Edad Moderna se extendió tal uso a todos los Tribunales.», p. 7224.

724 Recogida como Ley VIII del Título XV, Libro XI de la Novísima Recopilación, su contenido era el siguiente: «Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias como se observa en el mi Consejo y en la mayor parte de los Tribunales del Reyno; y que a exemplo de lo que ha prevenido a la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias como hasta aquí, con los *vistas* y *atentos*, en que se refería el hecho de los autos y los fundamentos alegados por las partes; derogando como en esta parte derogo, el auto acordado 22, tit. 2, lib. 3, duda 1, de la Recopilación, u otra cualquiera resolución o estilo que haya en contrario.

En la Audiencia de Cataluña quiero, cese el estilo de poner en latin las sentencias, y lo mismo en qualesquiera Tribunales seculares...» ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 903; LLOBELL TUSET, J., *Historia de la...*, cit., p. 47; PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., p. 7226.

725 LLOBELL TUSET, J., *Historia de la...*, cit., p. 47.

726 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 903.

La explicación a la exclusión del razonamiento judicial ha sido diversa. Algunos la han encontrado en el arbitrio judicial⁷²⁷, en la reafirmación del absolutismo real. Los jueces han de cumplir la voluntad del monarca, se les niega la posibilidad de creación jurídica⁷²⁸ y la ausencia de justificación facilita su ulterior control por el rey o sus Tribunales reales⁷²⁹.

En atención a las doctrinas filosófico-políticas, se ha comprobado que los filósofos anteriores en el tiempo a las legislaciones que incluyeron la obligación de motivar las sentencias no repararon en sus bondades persuasivas y disuasorias de toda arbitrariedad. Primero por concebir la sentencia como mero instrumento de aplicación de la ley y después por eludir una orgánica elaboración doctrinal de la sentencia que analizara sus presupuestos de carácter endoprosesal⁷³⁰. Al despotismo ilustrado germánico se le atribuye la configuración de una motivación ceñida al nivel endoprosesal, referido tan sólo a cuestiones de técnica procesal⁷³¹, y a la Revolución francesa una concepción extraprosesal o política de la motivación que culmina con la introducción de esta exigencia en normas de rango constitucional⁷³².

Retomando los episodios sobre motivación acaecidos en España, fue en las Cortes de 1.810 donde se plantea con poca fortuna la necesidad de disponer el deber de motivación. El diputado José de Cea presentó un proyecto de Decreto precedido de una extensa exposición de la que destacamos, por su interés, los siguientes puntos⁷³³:

- La motivación exige referirse a la ley de la que se hace aplicación, impidiendo que la decisión se funde en el arbitrio judicial, originador de la inseguridad jurídica de los ciudadanos.
- La motivación favorece una mayor perfección en el proceso interno de elaboración de la sentencia porque obliga a los jueces a un «diligentísimo estudio para no exponerse a aventurar a la censura de gente ilustrada sus deliberaciones».

727 «El arbitrio judicial se amparaba tras esta indeterminación procesal. A mi modo de ver ya que los reyes querían proteger su propio Derecho frente a la excesiva aplicación curial del romano, hubieran debido obligar a sus jueces a que fundamentasen expresamente en leyes reales o de Partidas todas y cada una de sus sentencias, estableciendo, por ejemplo, un recurso de nulidad contra los fallos no obedientes a tal precepto», TOMAS Y VALIENTE, en ORTELLS RAMOS «Origen histórico...», cit., p. 904.

728 «En el denominado Antiguo Régimen, fue precisamente en el proceso, mediante la aplicación del Derecho común, donde con más claridad puede destacarse la influencia del nuevo ordenamiento, tendiéndose a institucionalizar la renuncia a la autodefensa, como a posibilitar la elusión de la Justicia particular (denominándola de este modo en contraposición a la Justicia del monarca o real) a favor de un órgano público, controlado pues por el poder del rey a cuya Administración pertenecía. Se convirtió así el proceso en el instrumento a través del cual, y precisamente por el carácter formal de la recepción romano-canónica, no sólo se fue creando el derecho, sino que también fue el medio utilizado por el Estado, progresivamente absolutista, para atraer hacia sí, con carácter exclusivo, la función legislativa. Esto pudo verse en el progresivo afianzamiento de la consideración de la Justicia como asunto privativo del monarca, que no se logró con la promulgación de cuerpos legales, cuya efectividad había de depender de su aplicación judicial, sino a través del envío de oficiales regios mediante cuya actividad, judicial, se fue logrando el ensanchamiento de las parcelas de conocimiento de la Justicia real frente a las que pueden denominarse Justicias particulares». PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, S.A., Madrid, 1990, p. 228.

729 PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., pp. 7228-7229.

730 LLOBELL TUSET, J., *Historia de la motivación...*, cit., pp. 48-50.

731 *Ibidem*, pp. 50-51.

732 «La Ilustración prerrevolucionaria permite a los revolucionarios (...) delinear la motivación de la sentencia como instrumento apto para la finalidad democrática del control externo sobre la administración de justicia». *Idem*, p. 51.

733 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., pp. 905-906.

- Con la motivación las partes conocen las causas y razones «por donde pierden o ganan los pleitos», con lo que se destaca su función persuasiva.
- La motivación facilita la labor de los órganos jurisdiccionales que conocen de los recursos porque encuentran «en cada sentencia o provisión recapitulado todo lo que antecede, y manifiesta la razón porque obraron o decidieron».

El proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1821 siempre es destacado en los trabajos sobre esta materia porque en relación con el «procedimiento en negocios graves» imponía la mención en la sentencia del artículo de la ley aplicado para imponer la pena, sin expresarse no obstante las razones sobre la estimación del hecho probado ni argumentos sobre la calificación del hecho como constitutivo de delito⁷³⁴. Pero la primera norma que en el siglo XIX estableció el deber de motivar las sentencias fue el Código de Comercio de 1829⁷³⁵ para las que dictaban los Tribunales de Comercio remitiendo al correspondiente precepto la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, de 24 de julio de 1830. Sin embargo, las Audiencias que resolvían los recursos de alzada y el Consejo de Castilla que decidía los de injusticia notoria, no motivaban sus sentencias cumpliendo la ley general vigente que la prohibía⁷³⁶.

Antes de llegar a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855⁷³⁷ pueden señalarse distintas normas especiales que de alguna manera disponían el deber de motivar. Las Ordenanzas Generales de Montes, aprobadas por R.O. de 22 de diciembre de 1833, para los procesos por delitos y contravenciones de ordenanza, prescribían que la sentencia pronunciada fuera fundada en hecho y en derecho⁷³⁸. En el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, para el recurso de nulidad que regulaba, se ordenaba la fundamentación de la sentencia recurrida cuando hubiese sido admitido el recurso de nulidad, para lo que el órgano *a quo* debía enviar al Tribunal Supremo «informe en el que el tribunal manifieste los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo»⁷³⁹. El Reglamento de 1 de octubre de 1845 al referirse al modo de proceder de los Consejos Provinciales en los negocios contenciosos de la Administración,

734 *Ibidem*, pp. 906-907. ORTELLS se refiere a la exigencia del proyecto como «Un pequeño -mínimo- avance sobre la situación de partida». PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., lo califica como «el primer hito en el deber de motivar», p. 7231.

735 En su artículo 1213 se dispuso: «Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que pronuncien en causas de mayor cuantía. Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o de hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones». ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 908.

736 ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Fundamentación de las sentencias», RGLJ, 1866, T. XXIX, pp. 114-5, citado por PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», p. 7232.

737 «Con el establecimiento del deber de motivación de las sentencias civiles, alcanza su culminación el proceso de progresiva imposición de aquel deber», ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 917.

738 PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., p. 7232.

739 También se disponía la publicación de las decisiones del Tribunal Supremo y de las que «dicten los superiores a quienes se devolviera el conocimiento de los autos anulados» en la *Gaceta del Gobierno*. *Ibidem*, p.7233. Es claro que el interés de la publicación de las decisiones radica en la motivación que contienen. En el mismo trabajo y en la página indicada señala otros precedentes normativos: los artículos 205 y 208 del Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846, el artículo 49 del Reglamento sobre Procedimiento ante los Consejos Provinciales y el artículo 8 del Real Decreto de 20 de junio sobre delitos de contrabando y defraudación.

determinaba que las sentencias contencioso-administrativas «se motivarán exponiendo clara y concisamente los puntos de hecho y de derecho, y los principios o disposiciones legales que les sean aplicables»⁷⁴⁰.

De los diversos intentos fallidos que precedieron a la Ley provisional promulgada el 19 de marzo de 1848 que prescribió reglas para la aplicación del Código Penal del mismo año, merece destacarse la proposición de ley de Mauricio Carlos de Onís presentada en el Senado el 12 de julio de 1841 en cuya exposición se expresaban los siguientes argumentos⁷⁴¹:

- La prohibición de la motivación es «uno de los absurdos más notables de nuestra legislación, y que más choca con el actual sistema de gobierno», siendo propia de una época en que «los magistrados, como lo eran de un gobierno absoluto, estaban dispensados de citar las leyes a que arreglaban sus dictámenes...».
- Alude al valor persuasivo de la motivación: «Increíble parece que se pretendiese llevar el prestigio de los jueces hasta tal punto» de que «sus providencias fuesen recibidas y acatadas sin examen...». «Nadie ignora que al litigante que ha perdido el pleito no queda otro consuelo que el saber que su condena ha sido dictada por la ley, a que el mismo juzgador está sometido, y que en ella no ha tenido parte el capricho, la odiosidad, el interés u otro afecto personal capaz de ofuscar la justicia;...».
- La motivación es necesaria para facilitar las impugnaciones y la decisión sobre éstas: «... aún parece más increíble que siendo toda sentencia el tercer juicio, o la consecuencia de un silogismo formado de dos premisas indispensables...no expresándose estas ni explícita ni virtualmente en la sentencia, pueda esta calificarse de justa o injusta, pueda apelarse, revocarse o reformarse».

Por fin, la Ley provisional para la aplicación del Código Penal de 1848⁷⁴², recién señalada, dispuso que «los Tribunales y Jueces fundaran las sentencias definitivas, expresando clara y concisamente el hecho y citando el artículo o artículos del Código Penal de que se haga aplicación»⁷⁴³. Las discusiones tanto favorables como contrarias al deber de motivación que precedieron a su adopción, incidían en la necesidad de contar primero con una legislación sustantiva clara⁷⁴⁴. Pero hubo de introducirse el recurso de casación penal para que en las sucesivas reformas se exigiese en la sentencia penal el «resultando de hechos probados»⁷⁴⁵. Desde 1853 todos los proyectos para

740 *Ibidem*, p. 7232.

741 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., pp. 911-912.

742 Para un recorrido por los trabajos de la COMISIÓN DE CODIFICACIÓN, véase PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., pp. 7236-7240.

743 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 914.

744 *Ibidem*, pp. 915-916. Esta es la tesis que mantiene ORTELLS a lo largo de todo su trabajo: la motivación de las sentencias, y la seguridad jurídica que a través de ella se logra, precisa una normativa clara a aplicar, «la formulación de un nuevo Derecho material».

745 «La verdadera razón histórica de la declaración de hechos probados en la sentencia penal es el delimitar, en el documento de la sentencia, aquella parte de la misma que no es susceptible de ser revisada en casación», ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 929. En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, E.: «Al aludir al control casacional de hechos en sede penal, se exige la redacción del resultando de hechos probados, declaración cuya imperatividad responde a la necesidad de establecer en la resolución judicial lo que no es susceptible de ser revisado en casación», en «Ensayo histórico...», p. 7240.

el establecimiento del recurso de casación penal tuvieron presente esta idea hasta que en la Ley de 18 de junio de 1870, provisional sobre reformas en el Procedimiento para plantear el recurso de Casación en los juicios criminales, se incluyó en su texto: «Las sentencias se redactarán consignando en párrafos separados y numerados, que deberán empezar con la palabra resultando, los hechos que consten del proceso y sus circunstancias, y *declarando los que resulten probados*.

En párrafos también numerados, que principiarán con la palabra considerando, se consignarán los fundamentos de la apreciación legal de los hechos que se consideren probados»⁷⁴⁶.

Promulgada la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870 -que mantuvo su vigencia hasta 1985- y reformado el Código Penal -17 de junio de 1870-, en un intento de armonizar la normativa, la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 «exigió también con rotundidad la motivación de las sentencias»⁷⁴⁷. Pero por distintas circunstancias apenas se aplicó⁷⁴⁸. El 30 de diciembre de 1878 se publicó una controvertida Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal cuya vigencia reforzó la necesidad de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁴⁹.

En materia civil, el establecimiento de la obligación de motivar las sentencias se debe a la disposición sobre esta materia contenida en la «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria» de 30 de septiembre de 1853 -Instrucción del Marqués de Gerona-⁷⁵⁰ que realmente más que obligar facultaba a fundamentar las sentencias al incluir la expresión «... cuando así lo reputen conveniente...».

Poco tiempo después, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 hizo definitivo el deber de justificar los pronunciamientos. Su artículo 333 disponía: «Las sentencias definitivas de todo artículo, y las de los pleitos, serán fundadas. En su redacción se observarán las reglas siguientes:

- 1ª. Principiará el Juez expresando el lugar y la fecha en que dicta el fallo.
- 2ª. Consignará después lo que resulte respecto á cada uno de los hechos contenidos en los escritos de réplica y dúplica, y en los de ampliación si los hubiere habido, en párrafos separados, que principiarán con la palabra Resultando.
- 3ª. A continuación hará mérito en párrafos separados también, que empezarán con la palabra Considerando, de cada uno de los puntos de derecho fijados en los mismos escritos, dando

746 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., pp. 930-931.

747 PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., pp. 7241-7242.

748 *Ibidem*, p. 7243.

749 *Idem*, p. 7243.

750 Su artículo 68 disponía: «Los Tribunales y jueces fundarán siempre las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase, cuando así lo reputen conveniente, exponiendo con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes o doctrina legal en que se apoyen. Las Salas nombrarán por turno riguroso ponentes que presten este trabajo dentro del término para dictar sentencia, expresando en ella su nombre». ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 917; PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., p. 7234.

las razones y fundamentos legales que estime procedentes, y citando las leyes ó doctrinas que considere aplicables.

4ª. Pronunciará, por último, el fallo en los términos prevenidos en el artículo 61 y siguientes de esta Ley»⁷⁵¹.

En la misma Ley, el artículo 1058 relativo a los recursos de casación tuvo el siguiente tenor: «Esta (la sentencia) deberá ser fundada, estableciéndose con la separación debida los hechos y las cuestiones de derecho que se resuelvan»⁷⁵², mas el cumplimiento de estas normas fracasó en tanto que no se aplicaban correctamente en la práctica y el propio Tribunal Supremo tendía a eludir esta obligación. Asimismo no faltaban quienes eran contrarios al deber motivar por el Tribunal Supremo con base en argumentos de autoridad del Alto Tribunal⁷⁵³.

Por otra parte la regulación del recurso de casación en esta Norma ocasionó la acumulación en el Tribunal Supremo de recursos pendientes. Como paliativo la Ley provisional sobre reforma de la casación civil de 18 de junio de 1870 determinó que para la interposición del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal no se remitieran los autos sino sólo testimonio de la sentencia «y de la de primera instancia si en la segunda hubiesen sido aceptados y no reproducidos textualmente todos los resultandos y considerandos»⁷⁵⁴. Como se advirtiera en las discusiones del proyecto de este texto, la insuficiencia o falta de motivación en las sentencias podía imposibilitar la decisión del recurso de casación⁷⁵⁵. Posiblemente por esta razón, en la ley de casación civil de 22 de abril de 1878 se dispuso la remisión al Tribunal Supremo no sólo de la certificación de la sentencia sino también del «apuntamiento de los autos»⁷⁵⁶.

1.2. El objetivo de la motivación: la seguridad jurídica

La mayoría de los temas que estudian los teóricos y filósofos del Derecho, entre otros muchos: los valores y principios constitucionales, la libertad o sumisión del juez al aplicar el Derecho, la concepción formal de la justicia, la tutela de los derechos humanos, exigen para su entendimiento y explicación su referencia a la seguridad jurídica⁷⁵⁷.

En la evolución histórica del concepto de seguridad jurídica fueron esenciales la crisis del iusnaturalismo y el paso al positivismo⁷⁵⁸ en el que la seguridad jurídica pasa a ser el fin principal del Derecho. La ideal justicia material se sustituye por la seguridad jurídica como justicia formal o procedimental: «El soberbio mito rousseauiano de la libertad absoluta, que iniciaría una

751 PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., pp. 7234-7235. ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., p. 921.

752 PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico...», cit., p. 7235.

753 ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico...», cit., pp. 919-920.

754 *Ibidem*, p. 923.

755 *Ibidem*, p. 924.

756 *Ibidem*, p. 925.

757 PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 14.

758 GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 35.

nueva época de la historia humana, se ha transformado ya en un conjunto de libertades civiles, técnicamente configuradas, que sirven sobre todo a la sociedad individualista y a la seguridad jurídica de su funcionamiento ordenado; una sociedad donde la predictibilidad de las conductas lícitas y de la posible acción concreta del estado con incidencia en la actuación individual está asegurada, todo ello expresado en Leyes escritas, concisas y accesibles, que crean un espacio organizado y seguro de libertad, un espacio, por otra parte, amplio, en el que puede asentarse una vida social verdaderamente libre»⁷⁵⁹. La realización de dos condiciones permite hablar de ella: la producción estatal del Derecho y con ella la consideración de éste como Sistema, y la igualdad referida a la generalización del destinatario de las normas jurídicas⁷⁶⁰. En la transición del pensamiento jurídico al Derecho positivo -en el derecho público por el constitucionalismo y en el privado por la codificación- se va generando la seguridad jurídica como principio o valor que inspira todo el Ordenamiento jurídico⁷⁶¹.

Un primer avance hacia la operatividad de la seguridad jurídica se produce desde el propio poder jurídico coincidiendo con su racionalización, limitándolo. Pero es en el propio Ordenamiento jurídico, en el Sistema jurídico, donde la certeza jurídica ha de consumarse. En la aplicación del Derecho, el grado de previsibilidad en su interpretación judicial se identifica con la seguridad jurídica que aportan los instrumentos o garantías contrarios al «arbitrio judicial ilimitado»⁷⁶². Así que los elementos centrales de la seguridad jurídica, fundamento de la predecibilidad de las decisiones judiciales, son la certeza jurídica, la eficacia jurídica regular y la ausencia de arbitrariedad que dota de certidumbre. Otros principios como la publicidad, claridad, irretroactividad..., son sus instrumentos⁷⁶³.

Sin ánimo de simplificar una cuestión indiscutiblemente compleja, puede partirse de una aserción comúnmente aceptada: la exigencia de motivación de las sentencias tiene por objetivo, aun no siendo su única función, impedir la arbitrariedad judicial y reducir o, quizás mejor, controlar su arbitrio, ya que cierto margen de discrecionalidad parece inevitable, además de necesario: «El arbitrio judicial es contrapunto -no contradicción- del principio de legalidad»⁷⁶⁴. Por tanto y aunque otro elemento de la seguridad jurídica, cual es la previsibilidad, opere también de forma esencial en el ámbito de la sentencia a través de la motivación, el punto de partida nos llevaría a incidir en la *controlabilidad* de las decisiones.

La motivación de las decisiones jurídicas es antónimo de la arbitrariedad de estos actos, pero en modo alguno puede hacerse sinónimo de arbitrariedad el margen de discrecionalidad con el que las más de las veces administra el Poder Judicial, razón por la cual, como se verá, la motivación de las sentencias se entiende como justificación racional o razonable de las mismas. Y ésta es precisamente la pretensión que los teóricos del Derecho, los iusfilósofos vienen expresando en

759 PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 266-267. Tal y como expresa: «Se iniciará así la idea positivista de la seguridad jurídica, vinculada a la concepción política liberal democrática que propugna y defiende procedimientos y técnicas que aseguren y den certeza al individuo, ciudadano y hombre privado».

760 *Ibidem*, p. 268.

761 *Ibidem*, p. 269.

762 *Ibidem*, p. 290.

763 GARRIDO GÓMEZ, M.I., «La predecibilidad de las decisiones judiciales», *Ius et Praxis*, 15(1), 55-72. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100003>, p. 58.

764 ALEJANDRO NIETO reivindica la figura del arbitrio judicial, NIETO, A., *El arbitrio...*, cit., p. 204.

torno a la justificación fáctica y jurídica, proponiendo fórmulas de argumentación que convezan a los destinatarios de las decisiones judiciales de la legitimidad del poder del que proceden a través de su razonabilidad que hace posible el control. En palabras de AARNIO: «El principio de certeza jurídica no permite que la elección final entre las interpretaciones alternativas sea sólo el resultado de la persuasión o del uso del poder. Un buen diálogo justificatorio sigue siempre los estándares de la argumentación *racional*. Su meta es convencer a la otra parte, no manipularla. ¿Por qué? Porque toda la idea de lo que es Derecho está profundamente entrelazada con nuestras expectativas relativas a la conducta predecible de las autoridades. La arbitrariedad y la toma de decisiones al azar son ajenos a la concepción europea sobre el Derecho y la justicia»⁷⁶⁵.

La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos «garantizada» por el artículo 9.3 CE junto con otros principios, entre ellos, la seguridad jurídica, no es sino uno de los elementos de la propia seguridad jurídica⁷⁶⁶, y la exigencia de aquel principio se acentúa en relación con el Poder Judicial⁷⁶⁷, por razones obvias. La independencia judicial, sólo doblegada al imperio de la Ley, y la evolución que la idea de la Ley ha experimentado, según expresara GARCÍA DE ENTERRÍA, «...por una marea incontenible de Leyes y de Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético...»⁷⁶⁸, nos sitúa inexorablemente en el campo de la incertidumbre jurídica. No obstante, entre las garantías de seguridad jurídica que la Constitución y las propias Leyes procesales incluyen respecto a la actuación del Poder Judicial se emplaza la exigencia de motivación de las sentencias frente a la arbitrariedad, pero también como dispositivo imprescindible para el ejercicio del derecho al recurso.

Puede afirmarse que entre los elementos o significados más característicos de la seguridad jurídica o «*seguridad del Derecho*»⁷⁶⁹, a saber, la certeza jurídica y en ella la previsibilidad jurídica, la eficacia del Derecho y la ausencia de arbitrariedad, es este último el más explícitamente logrado a través de la motivación. Sin duda en íntima conexión con la justificación existen reglas concretas como la del precedente judicial. En nuestro Sistema opera tan sólo en la modalidad del «auto-precedente», y su apartamiento se admite a través de «la carga de la argumentación», porque en otro caso vulnera el significado más inmediato de la previsibilidad como seguridad jurídica en el ámbito de decisión judicial. El precedente se vincula al principio de igualdad en la aplicación de la ley pero como el Derecho y la actividad judicial implican un continuo cambio es acertado preguntarse si con este principio «se introduce algo parecido al autoprecedente flexible»⁷⁷⁰.

765 AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA-8, 1990, pp. 30-31.

766 Para un análisis y concepto de la seguridad jurídica, véase la STC 234/2012.

767 ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 1999, p.56.

768 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...*, cit., pp. 47-48. ARCOS RAMÍREZ, F., en *La seguridad jurídica...*, cit., p. 13., se expresa en estos términos: «La consolidación y ampliación del Estado del Bienestar (uno de los elementos claves para entender la evolución de los ordenamientos y la racionalidad jurídica de las últimas décadas) tampoco ha servido para revalorizar la seguridad jurídica, ni como hecho, ni como principio o valor jurídico. No hay duda que el funcionamiento del Estado Social ha tenido una repercusión negativa sobre aquélla, que se ha visto mermada en algunas de sus exigencias más elementales con fenómenos como la inflación normativa, la crisis de la ley o el aumento desmesurado de la discrecionalidad de los poderes públicos».

769 ARCOS RAMÍREZ, F., en su obra *La seguridad jurídica...*, cit., utiliza esta expresión como sinónimo de seguridad jurídica contraponiéndola en su tesis a la «seguridad a través del Derecho».

770 GARRIDO GÓMEZ, M.I., «La predecibilidad...», cit., p. 59.

Las funciones que desempeña la motivación, su finalidad u objetivo no son sino manifestaciones de la seguridad jurídica como principio o valor supremo que inspira la actuación jurisdiccional. Con ella, el cumplimiento del requisito de publicidad de las sentencias conquista varias metas:

- Consiente su control por la opinión pública: «en la medida en que la decisión judicial se emite *cara al público*, emerge lo que podría denominarse el *momento social* de la formación de la convicción. El juzgador, a través de la motivación jurídica, demuestra su fidelidad a la ley, en cuanto expresión de la voluntad popular; y, mediante la motivación fáctica, a las valoraciones y métodos lógicos mayoritariamente aceptados (...) de esta suerte, escribe el profesor GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, se logrará que «...la colectividad se sienta reflejada e identificada en el juez, ya que éste es algo muy diferente de un técnico: es, ante todo, el representante de aquélla...»⁷⁷¹.
- Manifiesta la vinculación o el sometimiento de los órganos jurisdiccionales a la Ley: «Constitucionalmente, una decisión razonada ayuda a integrar el Derecho y la justicia en la sociedad y a diferenciar entre la legislación y la toma de decisiones judiciales legítimas. Esto lo realizan los tribunales que tienen que especificar por qué actúan en una determinada manera, ya que las razones dadas permiten ver si los tribunales están invadiendo las competencias del legislativo. Una democracia opera mediante una jerarquía de la toma de decisión desde el parlamento hacia abajo. Los argumentos revelan como los tribunales aplican la legislación y, consecuentemente, si lo que se califica como democracia de la legislación (*democracy of legislation*) realmente funciona. Las motivaciones de los tribunales forman parte también de la democracia de la toma de decisión judicial. Los jueces tienen que justificar su uso del poder, y la obligación de declarar las razones limita este poder»⁷⁷², permitiendo reconocer -no sólo a sus destinatarios- un razonamiento conforme a las reglas y al conjunto del Sistema jurídico. La vocación persuasiva de la motivación trata de convencer a las partes justificando las razones fácticas y jurídicas del fallo y su razonabilidad, con lo que desaparece el elemento de la arbitrariedad⁷⁷³, y en la argumentación expresada en la sentencia, encuentran las partes el objeto para motivar sus recursos y los tribunales que los resuelven, el propio objeto de la revisión. En definitiva, «La ley exige motivación por distintas razones: sirve a valores praxeológicos, por un lado incita al juez a trabajar bien, la obligación de motivar determina que el juez favorezca su conciencia. Por otra parte la motivación legal sirve para persuadir a los sujetos interesados, a los otros tribunales, a la opinión pública y a la ciencia. Con mayor incidencia en las partes, una buena motivación puede disuadirles de la idea de recurrir y emprender acciones extraordinarias ante tribunales superiores»⁷⁷⁴.

De forma generalizada, en la motivación de las resoluciones judiciales se distinguen la función o cometido endoprocesal y la extraprocesal⁷⁷⁵. La primera se concibe como medio de conocimiento

771 FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, nº Especial VI, 1989, p. 66.

772 BERGHOLTZ, G., «Ratio et autoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA-8, 1990, p.81.

773 «La decisión razonada es el medio de afirmar la facultad de la razón frente al poder», *ut supra*, p. 81.

774 WROBLEWSKI, J., *Motivation de la décision judiciaire*, en FORIERS, P. y PERELMAN, CH., *La motivation des décisions de justice*. Bruselas: Emile Bruylant, 1978, pp. 126-127.

775 ALISTE SANTOS, T.J., *La motivación de las...*, cit., pp. 157-159.

y control de su contenido externo, para las partes y para el tribunal con competencia para decidir su impugnación, y tratándose de un requisito interno de la sentencia con sustantividad propia sirve, así mismo, a estos agentes para fiscalizar la exhaustividad y congruencia de la misma. En atención a su «auditorio técnico» las funciones se han clasificado⁷⁷⁶ en relación a las partes como garantía de la impugnación, función interpretativa y función pedagógica. Respecto al tribunal *a quo* como autocontrol de la decisión, y para la Sala *ad quem* como control del inferior y herramienta interpretativa.

La función extraprocesal se conecta al Estado democrático de Derecho. La legitimidad del Poder Judicial personalizado a través de los jueces y magistrados que integran los tribunales ha de ser conquistada a través de la publicidad de sus resoluciones, de manera que los ciudadanos, extraños a los procesos, corroboren la única limitación a la independencia judicial: el imperio de la Ley, y los propios tribunales se afanen, día a día, en mejorar el «producto» de su hacer cotidiano. Del mismo modo los juristas no juzgadores, a través de sus estudios, reflexiones y análisis críticos contribuyen a que aquéllos, en ocasiones, repiensen sus pronunciamientos y argumentaciones, dotándoles además de una valiosísima doctrina que no pocas veces en el tiempo ha colmado lagunas normativas que al fin el legislador ha integrado con ella. Por último, los razonamientos contenidos en los votos particulares de las sentencias «plurales» o *motivaciones disidentes* «cumplen muchas de las funciones importantes de las motivaciones judiciales. Funcionan como instrumentos para el control y el equilibrio en el seno del tribunal, incrementando su capacidad, e impidiendo el letargo judicial (...) son poderosas armas contra el error (...) el lector de una decisión con disidencia obtendrá por lo general una idea más precisa del problema en cuestión que la que obtendría de la misma decisión sin disidencia»⁷⁷⁷.

1.3. El objeto de la motivación. El proceso de determinación del silogismo jurídico

WRÓBLEWSKI⁷⁷⁸ distinguió desde un punto de vista teórico cuatro significados en el término motivación: la justificación de la decisión judicial, diferenciando la *justificación interna* y la *externa*, la motivación legal de la decisión judicial como caso especial de justificación regulado por la ley, en el que se habla de «*motivación legal mínima*» para referirse a la justificación exigida por la ley y de «*motivación legal concreta*» al observar la dada por el tribunal en el caso concreto asumiendo la impuesta por la ley, la explicación psicológica de la decisión judicial y, por último, la explicación sociológica de la misma.

Propuso asimismo los elementos que un esquema teórico de motivación legal concreta debe contener: la validez de las normas aplicadas, la interpretación de esas normas haciéndose explícitas las valoraciones y elecciones en las reglas de interpretación cuando no sea la literal, la decisión en materia de prueba justificando su libre apreciación a la vista de las fuentes y medios presentados

776 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, cit., pp. 128-140.

777 BERGOLTZ, G., «*Ratio et Autoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*», *DOXA* n° 8, 1990 Ministerio de Justicia, BOE, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, pp. 82-83.

778 WRÓBLEWSKI, J., *Motivation de la décision judiciaire*, en FORIERS, P. y PERELMAN, CH., *La motivation des décisions de justice*, cit., pp. 118-134.

durante el proceso, la calificación de los hechos o el llamado proceso de «subsunción», la determinación de las consecuencias legales de los hechos probados si existen directivas de elección de las consecuencias o si se atacan las estimaciones que justifican la libre determinación de las consecuencias, y los razonamientos que demuestren las responsabilidades imputadas o al contrario, los que nieguen su justificación desde el punto de vista de la axiología aceptada⁷⁷⁹.

Al margen de esta clarificadora distinción de significados y de la concreta propuesta que realizó sobre el objeto de la motivación, la idea, el término o el vocablo ha recibido definiciones variadas. Sin embargo, todas coinciden en un punto: motivar no es explicar. El órgano jurisdiccional nunca ha de explicar sino justificar sus decisiones. COLOMER distingue tres significados en el concepto de motivación: la motivación como justificación, la actividad de motivar y el discurso de justificación como producto de la motivación. Es muy interesante como en su segunda acepción, la motivación como actividad, incluye «los razonamientos de naturaleza justificativa que el juez evacua o realiza con anterioridad a la redacción de un concreto discurso de justificación» que no puede confundirse con otra actividad: «con las explicaciones psicológicas que el juez pueda construir mentalmente sobre las causas mentales que le han llevado a la adopción de la decisión»⁷⁸⁰. Para PERELMAN «motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las operaciones que el juez efectúa...»⁷⁸¹, para TARUFFO motivación «no es explicación de las razones reales de un fenómeno, sino justificación, entendida como discurso que expone sencillamente las causas por las que dicho fenómeno se acoge favorablemente»⁷⁸². En opinión de CALAMANDREI «es una prueba lógica, para controlar, a la luz de la razón, la bondad de una decisión emanada del sentimiento: es la racionalización del sentido de la justicia; es la demostración, que el juez quiere darse a sí mismo antes que a las partes, es la *ratio scripta* que confirma el descubrimiento obtenido mediante su intuición»⁷⁸³.

Es necesario por tanto -antes de desarrollar la tipología que propiamente atiende al completo objeto de la motivación: la justificación fáctica y jurídica de la sentencia- distinguir el *contexto de descubrimiento* y el *contexto de justificación*, y en ellos y con ellos la diferencia entre decisión y motivación para descartar definitivamente la confusión entre explicación y justificación e incidir en la justificación interna y externa, y en relación con la externa, en la argumentación a favor de la decisión. Ambos contextos y los planos interno y externo se encuentran presentes en la justificación fáctica y en la jurídica de la sentencia.

La Filosofía de la Ciencia distingue en el conocimiento científico tres contextos: el de descubrimiento, el de justificación y el de aplicación. Los dos primeros fueron propuestos por H. REICHENBACH (1937), un filósofo de la ciencia enrolado primitivamente en el inductismo. Aunque la distinción de estos dos conceptos ha evolucionado, el contexto de descubrimiento trataría de las cuestiones referidas a los factores que dieron origen o coadyuvaron a la producción

779 *Ibidem*, pp. 128-129.

780 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias...*, cit., p. 45.

781 PERELMAN, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 213.

782 «...l'esigenza di giustificazione cui la motivazione risponde non consente di intenderla come "discurso intorno al modo in cui il giudice ha formulato la decisione", bensí come "discurso intorno alle ragioni in base alle quali il giudice presenta la decisione come accettabile». TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padua, 1975, p. 125

783 CALAMANDREI, «La crisi della motivazione» in *Opere Giuridiche*, vol. I. Morano, Napoli, 1965, pág. 668, citado en COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación...*, cit., p. 40.

de una hipótesis o teoría científica, y el contexto de justificación atañe a la cuestión de si la teoría descubierta o creada puede considerarse como conocimiento científico objetivo y fundado acerca del mundo. En este último se deben presentar los argumentos empíricos, lógicos y teóricos que lleven a aceptar una teoría como parte del *corpus* de la ciencia.

Para trasladar esta distinción al campo de la argumentación jurídica, es preciso partir de la situación que la hace necesaria: *La duda*. La duda se refiere a *contextos concretos de decisión*⁷⁸⁴, y una decisión justificada debería identificar todos los argumentos determinados por los problemas básicos que tendrían que resolverse, si la decisión fuera racional⁷⁸⁵. Planteado un problema jurídico se desencadena un proceso argumentativo, y si este proceso se concibe como el paso de unas informaciones (las premisas) a otras (la conclusión), en el momento de plantear el problema podría disponerse ya de la información suficiente y necesaria, por lo que bastaría con ordenarla para llegar a la conclusión⁷⁸⁶. Sin embargo, muchas veces la situación es más compleja porque la información originaria es insuficiente o contradictoria; en estos supuestos, al final del proceso de la argumentación se ha creado algo nuevo, por cuanto o se han añadido nuevas informaciones o se han eliminado informaciones existentes⁷⁸⁷.

Los móviles psicológicos de la decisión, el contexto social, las circunstancias ideológicas, el margen de apreciación con el que cuentan los jueces en la búsqueda de la solución que se adapte mejor a la situación y el inevitable juego de los juicios de valor en sus elecciones⁷⁸⁸, propios del contexto de descubrimiento, no exigen un análisis lógico y, como expresara IGARTUA, «ni quizás sea susceptible de él. La cuestión acerca de cómo se le ocurre a uno algo (...) puede ser de gran interés para la psicología, pero carece de importancia para el análisis lógico. En todo descubrimiento, al igual que en toda decisión, puede haber elementos irracionales cuyo proceso no obedece a un método ni se presta a una reconstrucción lógica»⁷⁸⁹. Además, la traslación de la doble distinción al campo de la aplicación del derecho por los tribunales no puede ser literal sino analógica, pues en otro caso «todo cuanto no fuera clasificable como “justificación” se agruparía por exclusión *-tertium non datur-* bajo la rúbrica del “descubrimiento”;». Resulta entonces que la utilización de la tesis de los dos contextos en el campo jurídico se realiza «a modo de argumento *a simile*»⁷⁹⁰. Una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión y otra cosa el que consiste en justificar dicha premisa o conclusión⁷⁹¹.

784 IGARTUA SALAVERRIA, J., *Teoría analítica del derecho (La interpretación de la Ley)*, IVAP, Oñati, 1994, p. 25.

785 WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, C. Civitas, Madrid, 1985, pp. 60-67.

786 ATIENZA, M., «Para una teoría de la argumentación jurídica», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA-8, 1990, p. 43.

787 *Ut supra*, p. 44.

788 PERELMAN, CH., «La motivation des décisions de justice, essai de synthèse», en FORIERS, P. y PERELMAN, CH., *La motivation des décisions de justice*, Emile Bruylant, Bruxelles, pp. 415-422.

789 IGARTUA SALAVERRIA, J., «La motivación de las sentencias», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, IVAP, 1991, p. 145.

790 IGARTUA SALAVERRÍA, J. «Contexto de descubrimiento/Contexto de justificación: ¿Una pareja desahuciada?», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 2, Virgilio Zapatero (Ed), Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, pp. 167-168. En este trabajo se desdice calificando de precipitación el traslado literal que en otro momento mantuvo en «La motivación de las sentencias» (1991) y sustituye «descubrimiento/justificación» por «decisión/justificación».

791 ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 125-126.

Se ha insistido mucho en la necesidad de distinguir ambas cuestiones, evitar la confusión entre la descripción del proceso de toma de decisión y la justificación de la decisión. Esto no significa de forma absoluta que el primero sea puramente valorativo, intuitivo, irracional, y su justificación pura «racionalización», ni tampoco que la decisión sea el resultado de un «razonamiento deductivo que se corresponde con alguna de las formas típicas de su justificación»⁷⁹². El hecho de que la lógica resulte insuficiente para todos los aspectos de la argumentación jurídica admitiendo ésta otras perspectivas como la psicológica o sociológica o desde la denominada «lógica material» o «lógica informal», también llamada «tópica», «retórica» o «dialéctica», y de que la lógica jurídica vaya más allá de la argumentación por ser más amplio su objeto de estudio⁷⁹³, demuestra su relación en ambos contextos. No es exclusivamente irracional el contexto de descubrimiento -mejor decisión, siguiendo la corrección de IGARTUA- o proceso de toma de decisión, ni exclusivamente lógico el contexto de justificación o la motivación de la decisión.

A este respecto lo que al Derecho interesa es el contexto de justificación y no el de decisión, quizá porque el último presenta un difícil o imposible control siendo en exceso «ideal» confiar en la imparcialidad judicial hasta el punto de esperar una coincidencia entre ambos contextos. No obstante la ineludible obligación de justificación de la decisión sin duda mediatiza su contexto de decisión⁷⁹⁴. IGARTUA, que sostiene que la relación entre ambos contextos puede considerarse a la par «de conexión y de distinción»⁷⁹⁵, propone tres puntos de vista desde los que enfocar esas relaciones: el *psicológico* que resume con palabras de TARUFFO⁷⁹⁶ así: «la justificación es *algo más* (porque puede emplear argumentos no utilizados durante la decisión); *algo menos* (porque no contiene todos los elementos que han influido en la decisión); y, de cualquier modo, *algo diferente* (porque su función fundamental es justificativa y no decisional)», el aspecto *lógico* de ambos razonamientos, con su diferente función: uno orientado a formular la decisión, el otro «a ofrecer una justificación de la decisión adoptada», y distinta estructura: la toma de decisión suele seguir más o menos este esquema: «1) configuración de hipótesis, 2) confirmación/falsación de éstas, 3) inferencias desde hipótesis a conclusiones, 4) selección entre hipótesis y conclusiones alternativas», y el razonamiento de la justificación que «suele expresarse según esta secuencia: 1) decisión asumida como tesis, 2) exposición de argumentos justificativos», y el perfil *cronológico* de la relación: que «no prejuzga si hay -y cuánta- correspondencia entre los móviles para decidir y las razones para justificar»⁷⁹⁷.

792 WRÓBLEWSKI, J., *Motivation de la...*, cit., pp.111-135.

793 ATIENZA, M., *Las razones del...*, cit., pp. 46-47.

794 «Desde un punto de vista *lógico* permanece intacta la distinción entre “decidir” y “justificar”, por mucho que –eventualmente o incluso a menudo– en el concreto proceso decisional el juez tenga presentes las constricciones derivadas de la obligatoriedad de justificar la decisión que vaya a adoptar o que en el proceso justificatorio intervengan a modo de razones fundamentadoras los elementos que movieron al juez a tomar esa decisión. La recíproca permeabilidad entre ambos contextos (el decisional y el justificatorio) sería una hipótesis a verificar caso por caso si fuera posible radiografiar cuanto pasa por la cabeza del juez; si bien –e independientemente de los resultados de esas pesquisas– ello no informaría la diferencia epistemológica entre “decidir” y “justificar”» IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Contexto de descubrimiento...», cit., pp. 169-170.

795 *Ut supra*, p. 171.

796 TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 139.

797 IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Contexto de descubrimiento...», cit., pp. 173-174.

1.3.1. La justificación interna y externa de la sentencia

Esta distinción, y su terminología, son comúnmente aceptadas y utilizadas. Considera distintos aspectos de la motivación, y ambas están presentes, o al menos han de estarlo, tanto en la motivación jurídica como en la de los hechos y su prueba. La *justificación interna* atiende sólo a las inferencias y a la relación entre las premisas y la conclusión, y la *justificación externa* se refiere a la justificación de las asunciones a las reglas de razonamiento admitidas. Es la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, más que a la validez de los razonamientos; o expresado más sencillamente: se refiere a la justificación de la regla o reglas utilizadas, por lo que deberían además hacerse explícitas.

Las dos justificaciones son compatibles si la interna se formula de una forma lógica, silogística⁷⁹⁸ pero recurriendo a la persuasión argumentativa para la externa⁷⁹⁹. Cada controversia con sus características, las afirmaciones y argumentos jurídicos de las partes y las técnicas argumentativas utilizadas determinan la justificación. Por todo ello las teorías de la argumentación se ocupan de la justificación externa. Sin embargo, la justificación de una decisión sólo es completa cuando se justifica interna y externamente, al margen de que en los casos difíciles «el peso de la motivación recaiga sobre la justificación externa»⁸⁰⁰.

Retomando la justificación interna, es decir, la que atiende a las inferencias⁸⁰¹, por tanto al paso de las premisas a la conclusión, es lógicamente -deductivamente- válido y suficiente en los casos jurídicos *fáciles* o rutinarios en tanto que ni la norma o normas aplicables, ni la comprobación de los hechos suscitan dudas razonables, por lo que aceptando las premisas se debe aceptar igualmente la conclusión, y ésta resulta justificada⁸⁰². Sin embargo en los casos *difíciles*

798 No obstante, ITURRALDE concluye que «la identificación que “justificación interna” con “lógica” y ésta con la “RMP” merece las siguientes consideraciones críticas:

a) El razonamiento jurídico no tiene *per se* una forma determinada. En cuanto modo de representación del razonamiento la RMP no es ni verdadera ni falsa; sin embargo la elección de esta forma no es totalmente neutral dada su virtualidad para ocultar los diferentes y múltiples tramos del razonamiento que explícita o entimemáticamente están presentes en las decisiones jurídicas.

b) La RMP implica un doble reduccionismo, de un lado, al identificar la lógica con la lógica clásica (haciendo caso omiso de otras lógicas), y de otro al aislar entre las reglas de inferencia de la lógica clásica una, la RMP. De esta manera, cuando se habla de la justificación interna, se omite plantear las consecuencias que en el razonamiento jurídico conllevaría la aceptación de otras reglas que también son reglas lógicas, puesto que ello cuestionaría la aplicación de la lógica a dicho razonamiento, o pondría de relieve la necesidad de profundizar en el tipo de lógica aplicable.

c) La RMP, asume el carácter apofántico y bivalente de los enunciados que forman las premisas del razonamiento. Esto conlleva asunciones epistemológicas y semánticas que no comparto que tienen que ver con la calificación en términos de verdadero/falso de dichas premisas (o en otros términos, de la existencia de una única solución correcta respecto de cada una de las premisas), en lugar de premisas correcta o incorrectamente justificadas.», ITURRALDE SESMA, V., «Justificación interna y regla modus ponens» en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 2, Virgilio Zapatero (Ed), Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, p. 193.

799 WRÓBLEWSKI, J., *Motivation de la ...*, cit., p. 120.

800 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 193-194.

801 FERRAJOLI habla de tres momentos susceptibles de ser descritos, como inferencias: inferencia inductiva (actividad probatoria), deductiva (juicio de Derecho) y silogismo práctico. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995, pp. 38-40.

802 ATIENZA, M., «Sobre lo razonable en el Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, p. 102.

y en los llamados *trágicos*, como el establecimiento de las premisas fáctica y/o jurídicas resulta problemático, se deben presentar argumentos adicionales -razones-, probablemente no puramente deductivos, a favor de esas premisas, y estos argumentos o razones que muestran el carácter más o menos fundamentado de las premisas configuran su justificación externa que es donde se centra la tarea de argumentar en favor de la decisión⁸⁰³. La teoría del Derecho considera un caso *fácil* cuando aplicando criterios de «racionalidad formal» resulta una decisión no controvertida. Es *difícil* cuando puede recibir más de una respuesta correcta y equilibrada, así que deben armonizarse valores o principios del ordenamiento que están en conflicto. Es *trágico* cuando la decisión inevitablemente vulnera algún principio o valor fundamental del sistema⁸⁰⁴.

Tras distinguir el contexto de descubrimiento y el de justificación (o mejor, el binomio decisión/justificación) -y descartar, siempre relativamente, el interés del Derecho por el primero-, y una vez delimitado el campo de la justificación interna y externa de las sentencias, resta incidir en el objeto propiamente dicho de la motivación: la justificación fáctica y jurídica de la sentencia, partiendo de la base de que la mayoría de las controversias planteadas ante los tribunales presentan, más o menos pero, en todo caso complejidad en el proceso de elaboración de las premisas fácticas y/o jurídicas que con la conclusión conformarán la sentencia.

1.3.2. La justificación fáctica y jurídica de la sentencia

La disociación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho «atraviesa todo el Derecho procesal» ya que el juez resuelve la primera sobre las alegaciones de las partes⁸⁰⁵ y la prueba practicada, y la cuestión de Derecho con base en el principio *iura novit curia* independizándose de la argumentación jurídica de las partes. Sin embargo, en ocasiones, ambas cuestiones están tan próximas que no pueden separarse en la práctica, como cuando un hecho sólo puede ser descrito en términos que ya contienen una valoración jurídica⁸⁰⁶. Pues bien, incluso en estos casos debe y «es posible trazar una distinción conceptual entre ambos tipos de juicio que ha de encontrar reflejo en la estructura de la sentencia: manteniendo claramente separadas la justificación de los hechos y la fundamentación jurídica»⁸⁰⁷. No obstante, hay quien defiende que la diferente denominación argumentos jurídicos-argumentos fácticos, aceptando el desenvolvimiento de los segundos sin intervención de normas no puede ser aceptada puesto que ambos argumentos utilizan enunciados normativos, aunque en los fácticos el problema de su interpretación prácticamente no esté presente⁸⁰⁸.

803 ATIENZA, M., «Sobre lo razonable...», cit., pp. 127-128.

804 ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p.177.

ATIENZA supone en el Derecho la existencia de casos trágicos en base a dos consideraciones: «...la distinción que suele trazarse entre normas condicionales y normas de fin...y la caracterización del Derecho del Estado Social precisamente como un Derecho en el que las normas del segundo tipo adquieren una especial importancia (...) y en la distinción que puede trazarse entre *equilibrio* y *compromiso*, y la configuración de los órganos de decisión jurídicos (por lo menos, de las instancias jurídicas clásicas) como órganos que deben orientarse de acuerdo con el primero y no con el segundo de estos conceptos...». ATIENZA, M., «Sobre lo razonable...», cit., p.102.

805 Esta afirmación se matizará al estudiar el deber de congruencia de la sentencia, con base en la llamada «carga de la alegación» que introdujo el artículo 400 de la LEC 2000, así como al tratar la cosa juzgada.

806 LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 303-305.

807 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en...*, cit., p. 216

808 DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la motivación de los hechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*. Monográfico: La argumentación en la prueba, 2001, pp. 35-36. (Véase, como él indica, su obra *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998).

La distinción entre hechos y normas no puede equipararse sin más a la motivación fáctica y jurídica, respectivamente. Tanto la decisión fáctica como la jurídica utilizan reglas y enunciados normativos que deben ser justificados, aunque los mecanismos de justificación y el esquema justificatorio sean distintos. La regla presente en las decisiones sobre hechos, normalmente no puede justificarse desde normas jurídicas mientras que la presente en «las decisiones de calificación» -en la motivación jurídica- se justifica principalmente desde normas jurídicas, aunque a veces la justificación «de esas reglas tiene su origen en valoraciones de polémica acogida en el sistema jurídico, en construcciones dogmáticas o jurisprudenciales o a partir de otros elementos»⁸⁰⁹.

a. La justificación fáctica

El procedimiento probatorio judicial se dirige a afirmar que ciertos hechos son *verdaderos*. En realidad, que los hechos *enunciados* en las sentencias como «hechos probados» gozan de la propiedad de verdad. Distintas teorías lo explican. Las semánticas como *correspondencia*: la verdad de un enunciado consiste en su adecuación a la realidad a que se refiere, se corresponde con los hechos. Las sintácticas como *coherencia*: la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados, y las *pragmatistas* señalan que la verdad de un enunciado se concibe en términos de «aceptabilidad justificada». Es verdadero si está justificado creerlo porque sirve a algún fin (versión «instrumentalista») o porque es aceptado (versión «consensualista»). En definitiva se trata de que el criterio de verificación para aceptarlo como verdadero, esté justificado⁸¹⁰.

Frente a estas teorías, un *modelo epistemológico cognoscitivista* mínimamente realista permite mantener la esperanza en un conocimiento objetivo de los hechos. Sus notas características son las siguientes:

- Los enunciados se conciben como *descripciones* de hechos que tienen una existencia independiente de esos enunciados, proporcionan información sobre los hechos, no los constituyen, quien los formula pretende referirse a una realidad externa.
- Si decir que un enunciado es verdadero significa que los hechos que describe han sucedido, el concepto de verdad requerido por el cognoscitivismo es el semántico de la *verdad como correspondencia o adecuación*, no verdad como coherencia o como aceptabilidad justificada. Estos pueden ser criterios de verificación pero no son la verdad⁸¹¹.

Y es que en el Derecho no hay propiamente hechos brutos, sino hechos interpretados a través de las normas. El supuesto de hecho legal se configura con tres tipos de hechos⁸¹²:

- Hechos *externos*: son acontecimientos que se producen en la realidad sensible con la intervención humana o sin ella. En ocasiones éstos aparecen definidos en relación con el Derecho por lo que hay que recurrir a conceptos jurídicos para establecer su significado. En este caso se denominan «hechos institucionales o jurídicos».

809 DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la motivación de...», cit., pp. 37-38.

810 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en...*, cit., pp. 53-54.

811 *Ibidem*, p. 65.

812 *Ut supra*, pp. 75-76.

- Hechos *internos o psicológicos*: denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta, o el conocimiento de un hecho por parte de alguien. Son internos «a la esfera mental, cognoscitiva o emocional» de un sujeto.
- Hechos cuya constatación presupone un *juicio de valor*: son cualificaciones de una conducta o de un estado de cosas que deben ser llenadas de contenido mediante juicios valorativos.

Además sólo cuentan como hechos los que pueden pasar tanto el filtro de las reglas de presunción racional como el de las reglas procesales de valoración de la prueba⁸¹³.

En este sentido la particularidad en la fijación de los hechos por parte del juez reside en la necesidad de compaginar el objetivo principal, la «búsqueda de la verdad», con la «garantía de otros valores» de índole *práctica*. Porque su función inexcusable es resolver el conflicto mediante la aplicación de normas jurídicas, por lo que el conocimiento del pasado, a declarar como verdad procesal *final* aunque no infalible, es sólo un paso previo a la decisión que ha de adoptar, y los valores *ideológicos* forman parte más bien de una cierta ideología jurídica. Con ello se afirma que el principio de verdad de los hechos representa un dato constante en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso, pero no identifica una ideología específica del proceso⁸¹⁴.

El resultado es la institucionalización de medidas y reglas que condicionan la averiguación de la verdad a las que puede denominarse *garantías institucionales*⁸¹⁵. Pero a pesar de esta denominación no todas contribuyen a la averiguación de la verdad. Algunas de estas reglas son las siguientes:

- Las reglas de limitación temporal, como la prescripción, la caducidad, los plazos regulados en las leyes procesales, el principio de celeridad, el de concentración y muchas otras, garantizan que en un periodo de tiempo predeterminado quedará fijada la «verdad procesal» que no la certeza sobre los hechos, y su existencia responde a la necesidad de resolver el conflicto en un plazo razonable de tiempo, lo que se vincula a las exigencias de seguridad jurídica que se proyectan en el proceso en la necesidad de alcanzar una verdad procesal «definitiva» a la que se asocia la presunción *iuris et de iure* de verdad de los hechos reflejados en las sentencias firmes⁸¹⁶.
- Las prácticas de justicia negociada, habituales en el proceso penal, sustituyen el concepto de verdad como «adecuación o correspondencia» por el de verdad como «consenso», buscan salidas rápidas a procesos ya instaurados finalizada la fase de instrucción, sustituyendo el principio de legalidad por el de oportunidad⁸¹⁷.
- Se habla de limitaciones probatorias cuando no se reconocen más medios de prueba que los regulados expresamente por la ley, restringiendo en consecuencia no sólo los medios

813 ATIENZA, M., *Tras la justicia*, cit., p. 26.

814 TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Milán, 2002, p. 65.

815 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp. 118-121.

816 *Ibidem*, pp.126-127.

817 *Ibidem*, pp. 127-128.

sino también las fuentes⁸¹⁸. Aunque la mayoría de los sistemas contemplan *todos* los medios tradicionales, esta limitación entorpece, que no impide, la incorporación de los nuevos avances probatorios pero la limitación más importante al uso libre de los medios se produce cuando se establece que no se podrán probar ciertos hechos más que con determinados medios de prueba prefijados en la ley, como por ejemplo para probar el error de hecho en ciertos recursos devolutivos (tal y como sucede en los recursos de suplicación y casación social). También se manifiesta esta limitación en la prohibición de prueba ilícitamente adquirida por su obtención con vulneración de garantías constitucionales o derechos o libertades fundamentales, o a través de medios prohibidos o expresamente desautorizados por la Constitución con la inevitable opción entre la averiguación de la verdad o la garantía de libertad en detrimento de aquella⁸¹⁹ y, asimismo, cuando se comprueba que han sido manipulados.

- Otra regla, aunque sin duda excepcional, es el secreto procesal que contraria a la regla de publicidad de las actuaciones judiciales, habrá de ser siempre motivada y limitada en el tiempo⁸²⁰.
- Un papel relevante en el carácter reglado de la averiguación de la verdad lo juegan las presunciones legales⁸²¹ que dispensan de prueba a los hechos en cuyo beneficio funcionan. Tradicionalmente, se han distinguido tres clases: las relativas o *iuris tantum*, las absolutas o *iuris et de iure* y las simples o *praesumptiones hominis*⁸²². Las presunciones *iuris tantum* establecen una verdad que admite prueba en contrario, son «normas jurídicas», por tanto la conclusión de la presunción es obligatoria en presencia de un hecho o estado de cosas y ausencia de prueba contraria («presunción material») o únicamente en ausencia de prueba contraria («presunción formal»), tanto para la norma que establece una presunción *de derecho* (da por existente una situación jurídica) como para la que establece una presunción *de hecho* (da por probada cierta situación de hecho en un tiempo y un lugar). Son medios técnicos para *garantizar ciertos valores* -técnicos e ideológicos- en situaciones específicas *mediante la regulación de la carga de la prueba*. Instauran una «regla de juicio» que vincula al juez. Su función, por tanto, no es describir la verdad, sino garantizar ciertos valores distribuyendo la carga de la prueba. Imponen como verdadera una situación que puede no serla aunque a la vez permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario⁸²³.

Las presunciones *iuris et de iure*, que también son normas jurídicas que garantizan ciertos valores estableciendo como verdaderos ciertos hechos frente a otros y dispensando de prueba a los primeros, no admiten prueba en contrario, por lo que no regulan la carga de la prueba, sino que se dirigen a influir sobre los hechos futuros para que se conformen según son presumidos.

818 «...»fuente de prueba” es un concepto metajurídico, que “corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso”; mientras que el “medio” es un concepto procesal. La “fuente” existirá, aunque no haya proceso...; para que sea “prueba” deberemos aportarla al proceso como “medio” y a través de los “medios admitidos por el proceso”...Los “medios” de prueba son la exteriorización procesal de las “fuentes”», FAIREN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal generales.*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 428.

819 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en...*, cit., pp. 128-133.

820 *Ibidem*, pp. 134-137.

821 Véase PEÑA GONZALO, L. y AUSÍN DÍEZ, T., «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Monográfico: La argumentación en la prueba, 2001.

822 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., p. 137.

823 *Ibidem.*, pp. 138-145.

El ejemplo más claro, y en este estudio de gran relevancia por el paliativo que encuentra en la motivación de los hechos, es la presunción de cosa juzgada, según la cual lo fijado en sentencia firme será tenido por verdad, presunción que sirve al valor seguridad jurídica. Estas presunciones se han confundido en ocasiones con las *ficciones legales*. Sin embargo en la ficción lo característico es la disparidad entre la realidad y lo que se supone, se asimila o se extiende del supuesto contemplado en una norma a otro supuesto que ha de ser necesariamente diferente, es un problema de calificación jurídica, no de hechos. La presunción, sin embargo, sí lo es puesto que viene a dar por cierto un hecho más o menos probable, pero en todo caso *posible*⁸²⁴.

Por último, las presunciones *hominis* o simples, también llamada prueba indiciaria, indirecta o presuntiva, o conocimiento inductivo a partir de indicios, «son un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se afirma otros desconocidos». Se concluye a partir de indicios y éstos son reglas o «máximas de la experiencia» que permiten conectar el hecho conocido con el desconocido. No se trata de un medio de prueba sino de un procedimiento a través del cual se infiere de un hecho probado, considerado como indicio, y de una regla de la experiencia un hecho desconocido, por lo que de tal convicción se exige un enlace preciso y directo entre aquellos hechos y, fundamentalmente, la corrección de las máximas de la experiencia usadas. El indicio, además, ha de reunir los requisitos de *certeza* -lo que no excluye al indicio mediato, aunque pierda fuerza probatoria-, *precisión o univocidad* -que es lo menos frecuente- y *pluralidad* de indicios con *concordancia* entre ellos -aunque es posible el hecho probado a partir de un solo indicio con alto valor probatorio-⁸²⁵.

Para concluir sobre el carácter reglado de la fijación de los hechos en el proceso dentro del contexto de su decisión, debemos referirnos a los distintos *modelos de apreciación o valoración de las pruebas*, entendida aquélla como el juicio de aceptabilidad de los resultados procurados por los medios de prueba practicados. COUTURE⁸²⁶ distinguía tres modelos. Entre el de prueba legal y el de libre convicción situaba el de la sana crítica. Para él el de *libre convicción* es aquél donde el juez aprecia con entera libertad, sin ninguna limitación o referencia a criterios de experiencia o de lógica. Afirma que el juez forma su convicción con la prueba de autos, fuera de esta prueba y aún contra esta prueba. Mientras que en el sistema de la *sana crítica*, el juez se forma la convicción utilizando las máximas de la experiencia y apoyándose en las reglas de la lógica. FAIRÉN⁸²⁷ se refiere a las «máximas o principios de la ciencia y de la experiencia» aparecidas en la LEC, Código Civil y LE CRIM con los nombres de «reglas de la sana crítica», «reglas del criterio humano» y «reglas del criterio racional», respectivamente, y lejos de oponer «libre convicción del juez» y «reglas de la sana crítica», indica que las últimas constituyen la vía adecuada para que la «libre convicción» se forme correctamente, «racionalmente».

El modelo de *prueba legal* se da cuando el órgano jurisdiccional «está ligado por vínculos normativos para la valoración de los resultados de la prueba y la formación de su propio convencimiento sobre la cuestión de hecho»⁸²⁸. Dominó en el Medioevo y «buscaba obtener la

824 *Ibidem.*, pp. 146-151.

825 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp. 151-157.

826 COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Reimpresión de 3ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1990.

827 FAIREN GUILLEN, V., *Doctrina General...*, cit., pp. 440 y 456.

828 FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 144.

racionalidad en la acreditación procesal de los hechos alegados y la exclusión del arbitrio del juez, puesto que no se debe olvidar que este sistema nació en un periodo histórico en el que la relación ley-juez se configuraba con un absoluto predominio de la ley, hasta el punto de que el juzgador quedaba como mero aplicador de la norma. La prueba legal privilegia las exigencias de certeza frente a las exigencias de justicia, se corresponde con un sistema jurídico en el que reina la desconfianza hacia la libertad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, y resulta ser el natural, aunque no necesario, complemento de un proceso caracterizado por la mediatez y por la escritura»⁸²⁹.

Además, el modelo de «libre convicción o libre valoración», que algún sector doctrinal divide y distingue en el sentido de que libre valoración o «prudente apreciación de las pruebas es una actividad que necesariamente precede a la formación del convencimiento del juzgador», se identifica con el examen individual de las pruebas previo a la valoración en sentido estricto o examen global. Mientras que libre convencimiento del juez es el resultado de la anterior actividad, «es la fase final del procedimiento de valoración, ya que es el momento en que el juzgador alcanza y obtiene un resultado en el juicio de probabilidad y verosimilitud, que no de certeza absoluta, respecto a los hechos objeto de prueba, que le va a permitir elaborar un relato de hechos probados»⁸³⁰. El modelo, aunque propicia la averiguación de la verdad, puede conducir a la arbitrariedad judicial salvo que se interprete como *principio metodológico negativo* en tanto que autoriza al juez no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados⁸³¹. Por tanto, sin merma de la discrecionalidad judicial para la valoración de la prueba, le es exigible un control racional en la fijación de los hechos objeto de debate y a este fin sirven los modelos de valoración: aportar esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis⁸³².

De hecho, la «libre valoración de las pruebas» no escapa a las reglas de la lógica, entendida como respeto al principio de no-contradicción y de racionalidad interna de la decisión en materia de prueba. Su control es el de su justificación, indicativa de los hechos que el tribunal ha considerado demostrados, las pruebas admitidas y las razones para rechazar las demás cuya veracidad es dudosa, por lo que, al igual que en la interpretación de la ley, en la prueba jurídica se combinan lógica y argumentación, ambas necesarias para su justificación-motivación⁸³³.

Restringiendo el objeto de la prueba procesal a los hechos⁸³⁴, mejor dicho, a enunciados asertivos o proposiciones o a la «prueba de la verdad de la afirmación de la existencia de un hecho»⁸³⁵, el juez debe siempre subsumir supuestos de hecho -premisa menor- en los preceptos legales -premisa mayor- para afirmar o negar la procedencia de las consecuencias jurídicas de dichos supuestos fácticos. La problemática del silogismo radica principalmente en la recta formación de las premisas, especialmente de la menor, y su obtención se denomina comúnmente proceso de

829 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., p. 207.

830 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., p. 210.

831 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 158-159.

832 *Ibidem*, pp. 160-161.

833 WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio editorial UPV, San Sebastián, 1989, pp. 186-189.

834 Sobre los preceptos jurídicos como objeto de prueba, véase STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, pp. 167-181.

835 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, nota pp. 116, p. 83.

«subsunción», cuyo núcleo se considera también un silogismo⁸³⁶. En el silogismo que sirve de base a la aplicación del Derecho se subsumen *enunciados* sobre un hecho como hecho acaecido, por lo que este último previamente ha de ser enjuiciado -juicios de percepción y experiencia- para ser después enunciado. Luego la formación de la premisa menor no es sólo «subsunción» sino también enjuiciamiento y en muchos casos valoración. Más que de subsunción, debiera hablarse de integración del hecho en el supuesto de hecho de la norma jurídica, sin restar por ello importancia al papel de los silogismos de subsunción en la aplicación de las normas jurídicas⁸³⁷.

La subsunción ha sido tradicionalmente entendida como «una parte del razonamiento lógico que consiste en integrar la premisa menor, que relata los hechos producidos, en la premisa mayor o premisa jurídica, dando como consecuencia el fallo del caso concreto»⁸³⁸. Pero INIESTA explica la subsunción, la «formación del enunciado subsuntivo» como «un razonamiento que se realiza en el momento final de la motivación de las sentencias», un razonamiento de tipo lógico pero cuya conclusión «no es la decisión judicial, sino una afirmación cuya verdad justifica que se tome esa decisión y la acredita como correcta»⁸³⁹.

El originario relato, el «hecho bruto» acontecido o acaecido que se presenta, pasa, para ser enunciado, para ser formado, por una selección que en parte lo abrevia y en parte lo completa en relación con su significación, importancia y relevancia jurídica, es decir en relación con las normas jurídicas posiblemente aplicables, por lo que la formación del hecho enunciado, en un lenguaje conforme al de la ley, implica un enjuiciamiento jurídico anticipado⁸⁴⁰. En este enjuiciamiento del hecho, núcleo esencial para la posterior aplicación de la ley, intervienen juicios basados en la percepción, en la interpretación de la conducta humana, otros proporcionados por la experiencia social, los juicios de valor y el margen de libre enjuiciamiento del juez. Los enunciados sobre hechos de quien enjuicia pueden basarse en percepciones propias que se asocian por la experiencia cotidiana en imágenes representativas con nombre y que serán rectificadas en su interpretación si no concuerda con percepciones ulteriores pero, las más de las veces, se basará en percepciones de otros que le son comunicadas.

Existen hechos jurídicamente relevantes que pueden constatarse mediante la percepción, son capaces de prueba en el proceso y si se discuten, la precisan. No obstante los supuestos de hecho de las normas se refieren con frecuencia a actos humanos y declaraciones de voluntad que implican juicios basados en una interpretación de la conducta humana -el suceso como un hacer dirigido a fines- donde es esencial el conocimiento próximo de las circunstancias, pero también la experiencia social que el juez encuentra en las «máximas generales de experiencia»⁸⁴¹ a través

836 LARENZ, K., *Metodología de...*, cit., p. 267.

837 *Ut supra*, pp. 268-269.

838 INIESTA DELGADO, J.J., *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia 2003, Zaragoza, 2003, p. 199.

839 *Ut supra*, p. 199.

840 *Ibidem*, pp. 272-273.

841 Definidas por GAUPP-STEIN como aquellas «reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación de los casos de la práctica y las reglas especiales de la técnica en las artes, en las ciencias y en la vida social, en el comercio y en la industria, que implícitamente, sin relación directa con el caso concreto debatido se aplican siempre en el proceso como premisas de los hechos litigiosos.» en MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 437.

de su propia experiencia social, en libros jurídicos de comentarios y en los juicios de valor que se le exigen cuando para poder coordinar el hecho con el supuesto de hecho de la norma legal debe enjuiciar según una pauta que primero ha de ser concretizada por él mismo y que «precisa ser llenada de contenido» y, por último, en ocasiones, en un margen o espacio de libre enjuiciamiento, cuando menos, «defendible»⁸⁴².

El hecho en cuanto enunciado debe reproducir el hecho acaecido, en tanto que éste es pretérito, limitando su marco de comprobación a aquellos que se le presentan en el proceso por las partes como hechos controvertidos⁸⁴³. El juez se sitúa en un «contexto de descubrimiento» en el que pocas veces cuenta con una «observación empírica» o *prueba directa* de los hechos. Lo más frecuente es que conozca de forma *mediata o indirecta*, siendo las pruebas con las que cuenta inferencias realizadas a partir de otros enunciados probatorios. En algunas ocasiones, las inferencias probatorias se conforman como *prueba deductiva*, entonces su verdad o validez dependerá de la de las premisas, por lo que estos medios de prueba *no garantizan* su infalibilidad. La aceptabilidad de sus conclusiones ha de ser siempre cautelosa por cuanto sus premisas o conclusiones pueden ser falsas incluso tratándose de pruebas científicas, que no siempre son infalibles y estrictamente deductivas, por tanto, el grado de conocimiento que proporcionan, por alto que sea, es sólo el de probabilidad. En este sentido, afirma la doctrina: «Que el juicio de hecho, por lo general, no es reconstruible mediante un razonamiento deductivo es algo pacíficamente admitido. Se admite que la subsunción del hecho jurídicamente calificado en el supuesto de hecho abstracto de la norma pueda tener carácter deductivo; y, desde luego, en la justificación de la decisión pueden usarse argumentos deductivos. Pero la fijación de los hechos principales -que después habrán de ser calificados jurídicamente- no se opera, en la mayoría de los casos, mediante argumentos deductivos»⁸⁴⁴.

Existe además un tipo de inferencia poco atendida, la *abductiva*, presuntiva o indiciaria. «En ella se muestra la capacidad para desarrollar un razonamiento “hacia atrás”; un razonamiento que lleva del consecuente al antecedente, una “retroducción” (...) esta advertencia abre camino a un sugerente área de investigación interdisciplinar para Semiótica y Derecho, con posibilidades evidentes en orden a la práctica y el razonamiento judicial (...) podría servir (...) igualmente, para alertar de la quizás desmedida remisión a la inferencia deductiva que el Tribunal Constitucional produce con algunas de sus resoluciones en punto al problema de la necesaria existencia de una actividad probatoria suficiente y racionalmente de cargo, así como a la requerida publicidad y explicitación razonada del proceso mental en virtud del cual el órgano judicial ordinario llega a formar su convicción de conciencia sobre lo probado y no probado con base únicamente en indicios»⁸⁴⁵. Otros Filósofos del Derecho⁸⁴⁶ creen que la abducción entra de lleno en la inducción en sentido amplio y la entienden como «aquél tipo de razonamiento (...) en el que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su conclusión, sino que ésta se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad, probabilidad que es cuestión de grado y depende de otras cosas», o que «cualquiera que fuera la relación que llegue a establecerse entre

842 LARENZ, K., *Metodología...*, cit., pp. 278-293.

843 «El juez puede así, en ciertas circunstancias, estar jurídicamente obligado a poner como base de su enjuiciamiento un hecho del que personalmente está convencido que no ha ocurrido así.», LARENZ, K., *Metodología...*, p. 303.

844 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp. 97-101, y nota pp. 154, p. 101.

845 CALVO GONZÁLEZ, J., «Coherencia narrativa y razonamiento judicial», *Poder Judicial*, nº 25, 1992, pp. 97-102.

846 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp. 103-104 y 107-108.

inducción y abducción, ambas serían siempre formas de inferencia ajenas al modelo deductivo, es decir sintéticas, cuyo resultado es innovador con respecto al contenido de las premisas y, por eso, siempre arriesgado»⁸⁴⁷.

En la mayoría de los casos los enunciados fácticos con relevancia en el proceso se prueban mediante *prueba indirecta* cuya metodología propia es la *inductiva*⁸⁴⁸. La inducción en sentido estricto es un proceso de razonamiento que va de lo particular a lo general (de los hechos a las leyes) proporcionando un conocimiento probable. En su sentido amplio, va más allá, por cuanto en su razonamiento caben también, para el proceso de «descubrimiento» de los hechos, leyes o reglas de comportamiento mediante las que se «explica» un hecho acreditado por la suposición de otro hecho que no se observa o no puede ser observado, pero que ofrece «algún» fundamento para inferir el primero («inducción reconstructiva»). Así opera la prueba indirecta de los hechos, porque al «descubrir» los hechos de la causa el juez intenta dar una versión de los mismos que sea explicativa de las pruebas existentes, constituye una hipótesis explicativa de éstas⁸⁴⁹.

Sin embargo, el descubrimiento o conocimiento requiere justificación porque en el proceso de formación o descubrimiento de una hipótesis están presentes elementos de aceptación de la misma, se elige la hipótesis y se valoran sus posibilidades de verificación. Ambos procesos, el de descubrimiento y el de justificación, forman parte de una misma metodología inductiva por lo que no pueden ser separados de forma absoluta, y esto, sin negar la parte creativa del descubrimiento junto a la que se da la parte «lógica», las expectativas de justificación o validación⁸⁵⁰.

La apreciación de la prueba por el juez ha sido definida como «aquel proceso mental externizable (*motivación*) dirigido a obtener la evidencia sobre determinado/s hecho/s operativo/s (*pertinencia*), partiendo de otros hechos percibidos *críticamente*, valiéndose de conocimientos ya aprendidos (*máximas de experiencia*) y estableciendo juicios sobre sus relaciones (*inferencias*)»⁸⁵¹, pero también se han señalado razones contrarias a la equivalencia entre «motivar» y describir lo que se tuvo presente cuando se adoptó la decisión: «1. La inviabilidad de enterarse desde fuera *qué* ha pasado y *cuándo* por la cabeza de quien decide, 2. Porque se llega a las decisiones mediante corazonadas, intereses, simpatías, etc., y *ex post* la motivación sirve para enmascarar y racionalizar los resortes reales que impulsaron a decidir en el sentido concreto, 3. Porque a nadie se le ha explicado como consiguen los componentes de un órgano colegiado en la justificación *unitaria* reflejar los presumiblemente diferentes itinerarios mentales recorridos por cada uno de ellos y 4. Porque se presupone que a cada *decisión* corresponde una motivación y una *única motivación (relación biunívoca)*»⁸⁵².

COLOMER ha analizado cada una de las fases, momentos ideales u operaciones lógicas que en la selección de los hechos probados y valoración de las pruebas debieran encontrar reflejo en la

847 ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 7, Nº 10, septiembre 1995. Afirmación que realiza analizando las consideraciones de PEIRCE para diferenciar inducción y abducción.

848 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp. 101-102.

849 *Ibidem*, pp. 102-104.

850 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp. 111-113.

851 MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba...*, cit., p. 425.

852 IGARTUA SALAVERRIA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, IVAP y Civitas, Madrid, 1998, pp. 76-79.

justificación fáctica, insistiendo en la importancia de que «la libertad del juez para decidir requiere como contrapartida la necesidad de justificar la racionalidad y la razonabilidad de la alternativa legítima elegida respecto al *factum probandum*»⁸⁵³. Se ha de incluir en la justificación el *juicio de fiabilidad* o credibilidad de cada prueba practicada, no es un juicio de veracidad sino de validez de su uso según su fiabilidad en tanto reúna los requisitos necesarios como medio de prueba, aplicando además la correspondiente máxima de la experiencia a cada medio. De forma que el juez habrá de expresar las dudas que tenga sobre una prueba practicada, porqué no lo tiene en cuenta y ello con mayor o menor detalle según su objeto haya sido un hecho constitutivo, incluyendo al menos alguna indicación si el hecho era secundario, y no siempre está claro cuáles encajan en esta categoría. Después se *interpretará la prueba practicada*, se fija su contenido, su significado, el hecho utilizando máximas de la experiencia, luego deberá justificar su empleo para demostrar su correcta aplicación. Así se hace posible el control de la validez de la inferencia interpretativa realizada, de la máxima -aunque no se suele expresar- y del contenido deducido o atribuido a la prueba practicada. Este factor es de gran importancia en relación con el deber de congruencia de la sentencia por cuanto ha de coincidir con el *thema decidendi* delimitado por las partes.

Otro elemento es el *juicio de verosimilitud*. El juez ha de valorar la apariencia de veracidad de los hechos obtenidos mediante esa interpretación para lo que se haría necesario identificar las máximas de la experiencia utilizadas o el criterio de análisis empleado, pero tampoco se hace. Habría además de confrontar o *comparar los hechos alegados con los probados* resultando esencial como criterio para su redacción el principio de aportación de parte, pero no soliendo reflejarse tampoco este elemento en la justificación externa se habría de recurrir a los escritos de alegaciones de las partes o a la grabación del juicio en el proceso social. A partir de aquí la libre apreciación o «prudente apreciación de las pruebas» se sustituye por el libre convencimiento del juez al proceder a la redacción de los hechos probados⁸⁵⁴.

El principio de «libre valoración o convicción» adquiere sentido al conectarse con la exigencia de motivación que impide que de «libre» pase a ser, además, discrecional, subjetiva y arbitraria. A este respecto, «Los procesalistas se han preocupado de prevenir contra la confusión entre valoración de la prueba “en conciencia”, y falta de motivación. Un clásico, el profesor GOMEZ ORBANEJA, advertía que “...el principio de libre valoración de la prueba, tanto en la sentencia que condene como en la que absuelva, no excluye la expresión del fundamento del convencimiento judicial...”; y, más adelante, insiste: “(...) Prueba libre no significa (...) que los criterios de razón empleados no hayan de pasar a la motivación de la sentencia; que el juzgador no haya de dar cuenta de ellos. Prácticamente, el sistema se traduce no pocas veces en silencio sobre los motivos que han conducido al convencimiento, o que han impedido que se creara. Pero éste es un mal que no se deriva lógica y necesariamente del principio»⁸⁵⁵.

Además, esta motivación se ha venido confundiendo con otro principio relativo a la prueba, «el de apreciación conjunta de los medios probatorios», que operando degeneradamente ha determinado la inmotivación fáctica de las sentencias. Sobre esta cuestión las críticas doctrinales han sido contundentes: «...como la “valoración conjunta” es el *alibi* más socorrido y más presentable para legitimar el oscurantismo y a su dama de compañía (la arbitrariedad) (...). Empezaré por

853 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., p.188.

854 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., pp. 190-222.

855 FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La motivación de...», cit., p. 62.

vindicar la valoración individualizada de los medios de prueba en el proceso penal. Esto no es un ataque contra la razonable consigna de que las pruebas han de valorarse conjuntamente (...) la “valoración conjunta” no viene *en lugar* sino *después* de la valoración singularizada de los medios de prueba (...) se precisa la valoración de *todas* ellas (...) téngase presente que así se da pie a que “el juez excluya de la motivación la apreciación de pruebas relevantes si su éxito no coincide o, sobre todo, contrasta con los resultados sobre los que el juez funda su reconstrucción de los hechos (...) un entendimiento nada extremo de este requisito de la “totalidad” exigiría que en la motivación al menos se dé cuenta razonada de la valoración (positiva o negativa) concerniente a todos los medios de prueba aportados por la parte perdedora en el juicio»⁸⁵⁶. En el mismo sentido: «La práctica de la valoración no es, pues, al final, sino un subterfugio “formal” que hace pasar por discurso justificatorio lo que no lo es en absoluto; un expediente, en fin, que propicia y encubre la ausencia de motivación»⁸⁵⁷, o «La apreciación conjunta de la prueba tal vez sea uno de los términos más odiados y vilipendiados por la doctrina científica, aunque ese odio se lo merezca no por lo que dice sino por lo que a su amparo ha permitido hacer (...) En realidad ha servido para saltarse la necesidad de motivar las sentencias»⁸⁵⁸.

La práctica en cuestión se considera atentatoria del derecho de defensa y ha sido denunciada para su reconsideración incluso desde el propio Poder Judicial: «La apreciación conjunta que se admite por la jurisprudencia, y que a mi juicio convendría reconsiderar, supone una carencia de motivación en cuanto a los hechos probados y una total dificultad de saber si en esa apreciación se han tenido o no en cuenta elementos de prueba no admitidos por la ley o que llegaron al proceso de forma heterodoxa o que no fueron objeto de un desarrollo en términos de contradicción y posibilitación de defensa»⁸⁵⁹, y de ella deriva, entre otros, un perjuicio evidente y contrario a la función primordial de la motivación: dificulta cuando menos, si no impide el control que de este aspecto de la sentencia realizan los tribunales superiores al resolver los recursos devolutivos, más aún cuando su carácter extraordinario restringe la revisión de los hechos probados a sólo ciertos medios de prueba⁸⁶⁰. Resulta, además, que quien topa en primer lugar con esta dificultad es la propia parte interesada en recurrir. Sin perjuicio de que la apreciación conjunta es necesaria en algunos casos⁸⁶¹, resulta «inadmisibles cuando

856 IGARTUA SALAVERRIA, J., *Discrecionalidad técnica...*, cit., pp. 142-144.

857 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp.198-199.

858 MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba...*, cit., p. 443.

859 RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», *Poder Judicial*, nº 3, 1986, p. 84.

860 MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, Tomo I, Lib. Bosch, Barcelona, 1979.

861 «1º) Cuando varios medios de prueba se complementan entre sí o, incluso, cuando el resultado de unos incide en el resultado de otros. Ello puede suceder cuando existen varios testigos que declaran sobre un mismo hecho o cuando existen declaraciones testificales y documentos privados no reconocidos.

2.º) Cuando existen pruebas cuyos resultados son contradictorios, pero teniendo siempre en cuenta que la contradicción ha de producirse entre pruebas que deban apreciarse por el mismo sistema:

1º) Cabe así que ante medios de prueba que se aprecian libremente, por ejemplo, declaraciones testificales contradictorias (o entre declaraciones testificales y dictamen pericial contrapuestos), el juez tenga que apreciar en conjunto unas y otras para llegar al convencimiento que fuere.

2º) De la misma manera es posible la apreciación conjunta cuando la contradicción se produce entre medios de prueba de apreciación legal, pues entonces la aplicación de las dos reglas al mismo tiempo es imposible (como sería el caso del interrogatorio de varios demandados que, aun admitiendo hechos que les son perjudiciales, dijeran cosas contrapuestas).» MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 279.

la contradicción se produce entre medios de prueba que se aprecian por los dos sistemas, pues entonces lo que podría hacerse es desconocer las reglas legales, las cuales deben prevalecer sobre la prueba de libre apreciación. Si el resultado de una prueba legal quedara involucrado en una apreciación conjunta con pruebas libres, podría significar simplemente desconocer la prueba legal»⁸⁶².

Una vez más el problema parece provenir de una actitud ignorante ante la distinción entre descubrimiento y justificación, o decisión y motivación. Con inmediación o sin ella -aunque este caso es cada vez menos frecuente- el juez «lo haga así constar o no formalmente, tiene siempre que razonar en su intimidad sobre las pruebas que se han practicado y sobre el grado de convencimiento que cada una le ha proporcionado y, en función de la plural incidencia de todas ellas, sobre por qué ha llegado a una determinada conclusión y no a otra»⁸⁶³. Cada vez más jueces cuidan este aspecto pero todavía es válida la siguiente afirmación: «En la misma línea están los casos en que se echa mano de la apreciación conjunta para no exponer por qué no se ha atribuido a un medio de prueba legal, concurrente con otras pruebas de libre valoración, el valor probatorio que la ley exigía otorgarle. Quizá en muchos casos la conclusión fáctica sea acertada. Pero lo que no cabe alabar es su ausencia de justificación expresa, sustituida por la mera invocación de la apreciación conjunta de la prueba. En este sentido es en el que se habla peyorativamente de tal apreciación»⁸⁶⁴.

Bajo estos razonamientos la valoración conjunta debiera reducirse al ámbito de descubrimiento y decisión, y la apreciación individualizada de cada medio, además de inevitablemente a este contexto, extenderse al de la motivación o justificación fáctica externa. Sin embargo, identificándose como se hace la expresión de la primera con el relato de los hechos probados (examen global) siempre presentes en la estructura de las sentencias de instancia no estrictamente jurídicas, es el convencimiento individualizado lo que se reivindica como ausente en la justificación externa en la mayoría de las sentencias. Las propuestas doctrinales⁸⁶⁵ son ambiciosas y entrañan más trabajo para los juzgadores pero, sin duda, favorecerían la comprensión y control por las partes y por los tribunales *ad quem* de la decisión, en tanto que lo deseable es que la motivación del juicio de hecho contuviese «como mínimo: 1) Indicación del criterio de convencimiento utilizado por el juez. 2) Indicación de los elementos apreciados en el examen de las pruebas que sean relevantes para determinar el grado de verosimilitud o atendibilidad de los resultados probatorios obtenidos. 3) Enunciación de los condicionamientos previos o preelecciones valorativas y axiológicas del juzgador que puedan condicionar su decisión sobre el *factum probandum*».

También se responsabiliza al principio de inmediación en relación con la libre valoración⁸⁶⁶ de este defecto de justificación en las sentencias. Aunque la intervención personal y directa del juez en la práctica de la prueba se concibe como garantía para la formación de su libre e íntima convicción, las impresiones inmediatas que recibe «no pueden ser comunicadas, con lo

862 *Ut supra*, p. 280.

863 RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves consideraciones...», cit., p. 85.

864 DE LA OLIVA SANTOS, A (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 305.

865 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., pp. 231-232.

866 «Las reglas de la experiencia común (...) le servirán para valorar la fiabilidad de los datos obtenidos, y de las fuentes de que proceden; y para llegar a nuevas conclusiones a través de mecanismos de inferencia, propios de la actividad presuntiva. La inmediación condiciona estas valoraciones, hasta el punto de impedir el control

cual el principio de libre valoración, interpretado con el tamiz de la inmediación, se carga de irracionalidad y subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar. El principio de inmediación instituye así una “zona opaca al control racional” que contradice profundamente la cultura de la motivación, pues “que las intuiciones existan y tal vez sean inevitables no significa que puedan ser esgrimidas como justificación de una decisión o, más exactamente, como excusa para la no justificación»⁸⁶⁷. Aún más peligrosa puede resultar, en el marco de la inmediación, la posibilidad que algunas leyes procesales como las laborales brindan al juez de intervenir en cualquier momento de la práctica del interrogatorio de las partes o de los testigos en orden a la reconstrucción de los hechos. Esta facultad combinada con el método abductivo puede provocar que el juzgador se cierra en la versión fáctica que sospecha como cierta seleccionando su búsqueda en esta dirección e ignorando el resultado de las versiones presentadas por las partes⁸⁶⁸.

Ahora bien, descartando las dos posiciones extremas sobre la motivación de los hechos, la que la concibe como extraña y sin relación con el *iter* mental que ha conducido al juez a la decisión como una ficción o como una racionalización *a posteriori* de aquella, y su contraria, la que la entiende como fiel reflejo del *iter* mental incluso aunque adolezca en absoluto de racionalidad, su existencia y control es posible y necesaria si retomamos lo expresado con anterioridad en el sentido de que en el propio contexto de descubrimiento de la motivación «están también presentes estándares de justificación» junto con los inevitablemente irracionales, y excluyendo éstos del contexto de justificación, es posible la motivación fáctica que apela «a buenas razones capaces de una comunicación intersubjetiva» y no a la «íntima convicción». Posibilidad que resulta reforzada a través de las reglas jurídicas sobre la prueba, cuyo respeto ha de llevar al juez a «motiviar incluso

-por vía de recurso (no sólo de casación, sino de apelación)- de “...aquello a lo que el Tribunal (revisor)... no puede acceder porque depende de la percepción sensorial de la prueba...”». FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La motivación de...», cit., p. 68. En el mismo sentido: «...conviene aún otra consideración, y es reiterar lo que, no sin razón, ha sido tenido como algo más que un preocupante síntoma: la invocación del principio de inmediación, y sobre todo cuando éste se presenta aparejado a una perversa interpretación del “libre convencimiento”, transformándolo con demasiada frecuencia en “barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal” y en “paradójica *garantía* de discrecionalidad judicial incontrolada”; dejándolo así convertido en a modo de *remedio* de argumentación que abre a una amplia zona sombría, si no de oscurecimiento y opacidad, en la motivación». CALVO GONZÁLEZ, J., «Hechos difíciles y razonamiento probatorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*. Monográfico: La argumentación en la prueba, 2001, p. 29.

867 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos...*, cit., pp.197-198. En el mismo sentido: «En cambio, tomada como forma de percepción *íntima –extrasensorial* casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones- de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por comunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la inmediación se convierte en una suerte de *blindaje* del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar *garantía* de irracionalidad del enjuiciamiento.», ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la democracia*, 46, marzo 2003, p. 59.

868 Aunque con carácter general y como acertadamente alerta COLOMER «...no se debe perder de vista que la complitud en la valoración evita que el juzgador pueda incurrir en un vicio tan pernicioso, como la valoración unilateral de las pruebas. Este defecto de la actividad judicial se produce cuando el juez justifica su propio convencimiento sobre la *quaestio facti* utilizando para ello sólo los elementos de prueba que sostengan su decisión sin hacer la más mínima mención a las pruebas que la contradigan; o bien cuando el juzgador, en lugar de obtener la decisión del juicio de hecho de todos los resultados probatorios disponibles en la causa, elige a priori una versión de los hechos para posteriormente seleccionar los resultados probatorios que la confirman, dejando de lado los otros». COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., p. 206.

contra su convicción»⁸⁶⁹. En suma, «la motivación asume una tarea depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión»⁸⁷⁰.

Si el punto de partida para defender y demandar una motivación fáctica autónoma de la normativa es la asunción de la distinción entre cuestión de hecho y de derecho, más aún con los múltiples matices que admite esta distinción, no podemos dejar de señalar que la configuración legislativa procesal sobre la motivación de las sentencias y el «estilo» que impera en la práctica judicial a este respecto, no contribuyen en absoluto a esta pretensión.

En efecto, los textos legales procesales disponen la inclusión en la sentencia de las razones, razonamientos o motivación fáctica en la parte de la sentencia que, conforme a su estructura o forma, se reserva a los fundamentos de derecho (arts. 209 LEC y 97.2 LJS). Sin embargo, «como ha escrito PAOLO COMANDUCCI, afirmar que en la motivación de los hechos se dan también juicios acerca del Derecho y viceversa no implica negar que existan diferencias entre la argumentación o motivación acerca de los hechos y acerca del Derecho. Así, mientras la argumentación sobre el Derecho trata de dar razones a favor de la conclusión según la cual una prescripción o valoración es justa (o buena, o correcta, o válida), la argumentación en materia de hechos trata de dar razones para apoyar la conclusión de que una descripción es verdadera (o probable, o verosímil, o aceptable), o bien (habría que añadir a la definición de COMANDUCCI), que la imputación de un hecho cuya atribución depende de normas es correcta»⁸⁷¹.

Por lo que al estilo o técnica de motivar se refiere, en la práctica judicial se ha generalizado la que menos facilita su control, la llamada *holista* o globalizadora, la técnica del relato⁸⁷² y son muchas y variadas las críticas doctrinales vertidas hacia ella. Se observa «un punto débil que no puede silenciarse. Habida cuenta de la inveterada costumbre que tienen los abogados de invocar hechos y presentar pruebas que no vienen a cuento, es imprescindible que el juez practique una selección para centrarse en los hechos “que tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse” (...) A la vista salta, no obstante, la tentación que esta forma de actuar ofrece a los juzgadores, quienes indefectiblemente son proclives a seleccionar los hechos que robustecen su decisión y a silenciar los que le perjudican»⁸⁷³. Frente a ella, el estilo *analítico* «entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión»⁸⁷⁴. Esta anhelada forma de motivar no es incompatible ni contraria a la valoración conjunta de la prueba, pues como ya se ha expuesto se trataría de que

869 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 206-210.

870 *Ibidem*, p. 213.

871 GONZÁLEZ LAGIER, D., «Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)», *Jueces para la democracia*, 46, marzo 2003, p. 26.

872 La técnica de la narración, del relato y en ella «la coherencia narrativa» es defendida por CALVO GONZÁLEZ, J., en sus obras *El discurso de los hechos: narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993 y *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

873 NIETO, A., *El arbitrio judicial*, cit., pp. 182-183.

874 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...* cit., pp. 224-225.

aquella precediera a ésta⁸⁷⁵. No faltan esmerados estudios doctrinales⁸⁷⁶ que tratan de ahondar en la defectuosa práctica judicial de la motivación fáctica y señalan posibles razones: «la vaguedad e indeterminación de los textos normativos, el temor de los juzgadores a mostrar ciertas miserias del sistema, la ausencia de «cultura» motivadora, el TC y el TS han escurrido el bulto, inexistencia de modelos de motivación y la sobrecarga de trabajo».

Es esencial no olvidar el relevante papel que la argumentación fáctica juega en el proceso laboral por las limitaciones que su omisión determina en el recurso devolutivo para acceder a la revisión de los hechos declarados probados⁸⁷⁷. En cualquier caso, sirva como colofón la siguiente conclusión: «...la decisión final sobre el hecho dotada del grado más elevado de racionalidad es la que se basa en una narración que sea, al mismo tiempo, lógicamente coherente, congruente respecto de los hechos que resulten probados y correspondiente al supuesto de hecho legal que se pone en la base de la decisión in jure»⁸⁷⁸.

b. *La justificación jurídica*

Bajo la influencia del racionalismo moderno, la Escuela de la Exégesis simplificaba la motivación reduciéndola a un conjunto de silogismos -concepción formalista del razonamiento judicial-. Una vez establecidos los hechos, bastaba formular el silogismo judicial cuya premisa mayor debía estar formada por la regla de derecho apropiada, la menor por la constatación de que las condiciones previstas en la regla los contemplaban y la decisión era dada por la conclusión del silogismo. El Sistema de Derecho como instrumento perfecto a este fin debía como sistema formal ser a la vez completo y coherente. Para cada situación a resolver por el juez debía existir una regla de derecho desprovista de toda ambigüedad. El papel del juez se limitaba al establecimiento de los hechos y a su subsunción bajo los términos de la ley⁸⁷⁹.

La ley general era el marco de referencia de toda decisión judicial y en la motivación se aducía la *ratio legis* o la *ratio legislatoris*, pero nunca la *ratio iudicis*, «el “principio de razón suficiente” se hacía patente»⁸⁸⁰. El juez aplicaba mecánicamente la norma general, justificando la legitimidad de su actuación al proyectar en su decisión los principios teóricos contenidos en la ley,

875 Vid. Nota pie p., nº 859. RUIZ VADILLO, E., en «Algunas breves consideraciones...», cit., p.85, haciéndose eco de las inquietudes judiciales, manifestaba que el problema del «plazo razonable» de la justicia es fundamental en esta cuestión. Reconocía que cuando los Tribunales superiores «tienen el convencimiento moral y jurídico de que el signo del fallo no va a cambiar» no declaran la nulidad de la sentencia por defecto de motivación en la prueba por no atentar contra el principio de economía procesal y con él contra el de justicia. Indicaba como paliativo imprescindible la dotación a la administración de justicia de medios personales y materiales y «una construcción de las impugnaciones racional y sensata que dé plenas garantías de justicia a las dos partes y que evite a toda costa la eternización de los procesos».

876 DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La motivación del juicio de hecho: un poco de luz en un mar de sombras», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Boch, 2015, pp. 275-280.

877 PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso laboral*, Lex Nova-Thonson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 86

878 TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 325.

879 PERELMAN, Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, París, 1979, p. 25

880 GIL CREMADES, J.J., «La motivación de las decisiones jurídicas», en *CONSTITUCIÓN, DERECHO Y PROCESO. ESTUDIOS EN MEMORIA DE LOS PROFESORES VICENTE HERCE QUEMADA Y ANGEL DUQUE BARRAGUES*. Institución «Fernando el católico», Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983, p. 163.

su motivación simplemente reduplicaba los motivos de la ley, no exponía los motivos personales ni mostraba la perspicacia en la observación del caso concreto⁸⁸¹. La crisis del positivismo legalista desembocó en dos tendencias: «la que intentó apurar las posibilidades de la lógica en el razonamiento jurídico (...) y la que intentó construir un método alternativo que guiase el proceso de decisión allí donde el derecho estricto y la lógica se mostraban insuficientes»⁸⁸².

Sin embargo hace décadas que existe total acuerdo en que «las resoluciones judiciales no están completamente “pre-programadas” en las leyes, en que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, en que el juez siempre ha de emitir (también) juicios de valor y en que, a este respecto, le queda un cierto margen de libre enjuiciamiento»⁸⁸³. Tanto cuando se comprende inmediatamente la norma jurídica como cuando surge la duda respecto a su adaptación a la situación considerada, el juez realiza una valoración, en el primer caso para concluir sobre la ausencia de duda en la norma que aplica y en el segundo porque forzosamente se implica en técnicas más complicadas de argumentación jurídica, especialmente de interpretación⁸⁸⁴.

En el ámbito de la interpretación jurídica, la que nos ocupa es una interpretación operativa⁸⁸⁵, judicial y de validez factual restringida a los destinatarios que participan en el proceso, sin perjuicio de la relativa vinculación de los tribunales más bajos a las decisiones de los altos tribunales en nuestro sistema⁸⁸⁶ en la que siempre se parte de la existencia de dudas. Sin embargo, como explica IGARTUA, la claridad u oscuridad de una disposición es de carácter relativo por cuanto no es una cualidad de ésta en sí misma sino en la relación que se establece entre ella y quien la lee; relación de tipo práctico y concreto que depende de distintas variables. Esto es, en el proceso sólo decide el juez pero intervienen las partes, sus abogados, el fiscal..., por tanto, si las partes discuten el significado de la disposición y no el juez o viceversa resulta que «una disposición se interpreta no porque su significado sea *discutible* sino porque es *discutido*». Más aún, si tras la contienda acaba imponiéndose el significado literal, esto no significa que no haya habido interpretación sino que en este caso de duda este significado es el punto *de llegada* que precisa siempre justificación, a diferencia de los casos claros en los que el significado inmediato excluye *de partida* cualquier duda⁸⁸⁷.

En atención a la necesidad o causas por la que se hace necesaria la interpretación jurídica, se han señalado⁸⁸⁸ tres grupos principales: la complejidad del Derecho, la imprecisión del lenguaje y la existencia de conflicto y de cambio en la sociedad.

881 *Ut supra*, pp. 166 y 167.

882 GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 17-19.

883 LARENZ, K., *Metodología de...*, cit., p. 496.

884 WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho...*, cit., p. 79.

885 «El término “interpretación operativa” fue introducido por L. FERRAJOLI, “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», RIFD 1, 1966, p. 290 ss., passim.” Nota pp. 883 de *Sentido y hecho...* WRÓBLEWSKI, cit.

886 WRÓBLEWSKI, J., *Constitución...*, cit., pp. 28-33.

887 IGARTUA SALAVERRIA, J., *Teoría analítica del Derecho (La interpretación de la Ley)*, IVAP, Oñati, 1994, pp. 50-53.

888 RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)», *AFD*, 2014 (XXX), pp. 320-321.

Las dudas pueden surgir a partir de tres contextos conjunta o alternativamente, el *lingüístico*, el *sistémico* y el *funcional*⁸⁸⁹. Frente a ellas las herramientas o instrumentos interpretativos, denominados *Directivas de Interpretación* (también llamadas directivas de primer grado) cumplen una doble función: sirven para *descubrir* el significado que le conviene a la disposición -esta es su función heurística⁸⁹⁰ o cánones- y para *justificar* que ése es el significado que le conviene -esta es su función justificatoria o argumentos- sin que esto impida que el juez utilice las mismas directivas para lograr ambas funciones⁸⁹¹. El amplio margen de indeterminación que presentan en cuanto al orden de su utilización y modo de empleo hace necesarias las *Directivas de Procedimiento* que indiquen cómo proceder con las primeras. Además, cuando convienen significados distintos según las directivas empleadas, el juez deberá utilizar *Directivas de Preferencia* con las que instaura unos criterios para primar unas directivas (o sus resultados) frente a otras. El hecho de que el manejo de las dos clases de directivas, por último señaladas, caiga bajo el gobierno de las primeras hace que se las denomine de segundo grado⁸⁹².

En este campo de alternativas y elecciones juegan, desde el principio, un papel esencial otros factores: las *valoraciones*, que junto con las directivas han de identificarse en la justificación de la decisión interpretativa como relevantes para el significado de una regla puesto que determinan la elección y los usos de directivas interpretativas⁸⁹³. Es decir, en la justificación externa de la motivación jurídica deben identificarse las directivas y valoraciones utilizadas justificando su uso con respeto de las reglas en las que se establece el peso de los distintos argumentos, por lo que la eficacia de esta motivación implica que sus argumentos justificatorios sean comprendidos y controlables por todos sus destinatarios (las partes en el proceso, los tribunales superiores y la opinión pública) precisamente a través de esos argumentos.

Los argumentos que la ley prescribe, *insoslayables*, y que por tanto el juez está obligado a tener en cuenta, son fundamentalmente tres: las *definiciones legislativas*, las *leyes interpretativas* y las *disposiciones generales* cuyos argumentos más utilizados son conformes con el llamado *postulado del legislador racional*⁸⁹⁴, e incluyen una amplísima gama atribuible principalmente a la doctrina y también a la práctica jurisprudencial, siendo las más habituales: *a contrario sensu*, *reductio ad absurdum*, *a simili* o *a pari* y *a fortiori*. Otros argumentos son *aconsejables* -conviene respetarlos- y otros *aceptables* -pueden ser utilizados-. Todos ellos, como sucede con las directivas interpretativas, se caracterizan por su indeterminación⁸⁹⁵.

Para finalizar esta breve exposición descriptiva sobre la justificación jurídica de las sentencias debe destacarse, como se ha hecho en distintos estudios, la relevancia en la práctica de la argumentación

889 Vid. WRÓBLEWSKI, J., *Constitución...*, cit., pp. 42-46 e IGARTUA, J., *Teoría analítica...ob.*, cit., pp. 57-75.

890 «Del griego “heurísko” (encontrar, inventar) es el término con el que nos referimos al método o procedimiento usado en la investigación o en el descubrimiento de algo», Glosario de Filosofía.

891 IGARTUA, J., *Teoría analítica...*, cit., p. 79.

892 *Ibidem*, pp.80-84.

893 WRÓBLEWSKI, J., *Constitución...*, cit., pp. 63-64. Concluye (aunque como construcción ideal): una teoría normativa de la interpretación forma un sistema axiológico que justifica toda valoración necesaria en cualquier interpretación legal en general y, en particular, en cualquier justificación de una decisión interpretativa. Pp. 70-71.

894 Sobre este postulado, véase SEGURA ORTEGA, M., *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 30-39.

895 IGARTUA, J., *Teoría analítica...*, cit., pp. 101-114.

racional de la técnica del precedente, y en concreto del llamado *autoprecedente*, figura distinta a los precedentes vertical y horizontal⁸⁹⁶. A este respecto y a pesar de que la opinión jurídica expresada por un tribunal en su sentencia tiene sólo importancia inmediata para el caso particular resuelto, aquél pretende que su resolución esté de acuerdo con el Derecho vigente. Así, afirma que la interpretación realizada es «acertada», que está «justificada» por los motivos que indica, y en esto se incluye a la vez la afirmación de que, en el futuro, todo caso similar ha de ser resuelto de acuerdo con la máxima de este modo establecida. En la última concretización de una pauta de valoración que precisa ser llenada de contenido, y en una «ponderación de bienes en el caso particular», esto sólo vale si también se tienen en cuenta en el futuro los mismos puntos de vista, aunque han de ser «considerados» de nuevo atendiendo a las diferencias de cada caso particular⁸⁹⁷.

Aunque en raras ocasiones se encuentran dos casos completamente iguales, dándose el supuesto podría desearse decidir de otra manera porque ha cambiado la valoración de las circunstancias, y aunque el principio de universalización parece excluir el cambio, el cumplimiento de la pretensión de corrección forma parte del cumplimiento de aquél. No obstante, siendo una cuestión de principio la exigencia de respeto a los precedentes, se admite apartarse de ellos pero asumiendo en ese caso la *carga de la argumentación* que supone no sólo la «explicación» ordinaria de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión sino también una justificación del apartamiento del criterio anterior⁸⁹⁸. ALEXY⁸⁹⁹ enunció cuatro *reglas sobre la carga de la argumentación*:

«Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.

Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades, que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación».

El uso del precedente contribuye a la certeza y seguridad jurídicas y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho, pero la razón más importante a favor de la racionalidad de un uso del precedente que responda al principio de universalidad y de inercia (por el que una solución adoptada no puede abandonarse sin una explicación suficiente de los motivos)⁹⁰⁰ deriva de los límites de la argumentación práctica general⁹⁰¹.

896 Véase IGARTUA SALAVERRÍA, J., «La fuerza vinculante del precedente judicial», *ISEGORÍA*, N° 35, julio-diciembre 2006, Instituto de Filosofía, Consejo superior de Investigaciones Científicas e INIESTA DELGADO, J.J., *Enunciados jurídicos...*, cit., pp. 255-279.

897 LARENZ, K., *Metodología de la...*, cit., p. 429.

898 GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente...*, cit., pp. 39-40.

899 ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 263-264. Véase también, ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 187.

900 PERELMAN, CH y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1970, p. 142 y ss.

901 ALEXY, R., *Teoría de la...*, cit., p. 264.

La regla o el criterio de universalización formulada en el sentido de que en presencia de un mismo hecho, resuelve siempre de igual forma o, toma aquella decisión que en el futuro estuvieras dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias, rige plenamente la racionalidad práctica del juez al proponer o adoptar una solución jurídica particular⁹⁰². Este principio se expresa en una de las reglas esenciales a observar en el razonamiento jurídico pero también en la técnica del precedente aunque entendida como exigencia práctica de universalización de las propias decisiones⁹⁰³. Y es precisamente en esta variante del precedente observada desde una dimensión institucional⁹⁰⁴ donde mejor puede obviarse el tradicional problema consistente en la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* pues el intérprete opera sobre su propia argumentación. En este sentido, una sentencia que tenga en cuenta la regla del precedente no es la que «repite» otra anterior, sino la que pretende justificarse en un criterio general, en una regla que se considera deseable para regular un futuro caso semejante, desapareciendo toda sospecha de parcialidad o arbitrariedad⁹⁰⁵.

1.4. Reconocimiento de la motivación desde el ordenamiento jurídico español

La teórica exclusión del recurso de amparo que determinaba la ubicación del deber constitucional de motivar las sentencias (Art. 120.3 CE) no pasó de ser tal, teórica, al integrarse inmediatamente por el Tribunal Constitucional en el ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE): «...la obligación de que las sentencias sean motivadas, impuesta por el art. 120.3 de la CE, ha de integrarse en el derecho reconocido en el art. 24. 1, de forma que la falta de motivación origina una falta de tutela...»⁹⁰⁶. Sin embargo, el Intérprete Supremo ha flexibilizado tanto esta exigencia que examinando su Doctrina puede calificarse de excepcional la estimación del amparo por defecto de motivación. Incluso ha habido quien ha interpretado este dato como una consecuencia del arrepentimiento del TC: «el Tribunal Constitucional está más que arrepentido de haber llevado el artículo 120.3 CE al artículo 24.1. Cada vez son menos los amparos que prosperan por falta de motivación. Frente a las sentencias del Tribunal Constitucional de motivación insuficiente, entre las cuales no pocas son de incongruencia por omisión, la mayoría se juzgan suficientemente motivadas. Y es que no decimos que no hayan de motivarse las sentencias, pero que su defecto tenga relevancia constitucional, como vulneración de un derecho fundamental, parece demasiado»⁹⁰⁷.

La Ley del enjuiciamiento común destina un precepto a la exigencia de motivación de las sentencias. Las funciones de la exigencia legal de motivación, no constitucional, se dirige a los tribunales y en su destino a las partes procesales. Ello sin perjuicio del resto de objetivos, llamada a satisfacer, que ya se han desarrollado anteriormente. Sin duda los preceptos que a continuación se señalan dan cuenta de su coherencia con la norma suprema (art. 120.3 CE), aunque de forma

902 GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del...*, cit., p. 31.

903 *Ut supra*, p. 35.

904 TARUFFO, M., «Dimensioni del precedente giudiziario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, n° 2.

905 GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del...*, cit., p. 47.

906 ATC 389/1982, de 15 diciembre, F.J. 1º.

907 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 353.

imprecisa.

El art. 248 de la LOPJ, aún cuando sólo incluye en una ocasión el término motivación, es el único de esta norma que de algún modo refleja la exigencia y garantía constitucional⁹⁰⁸. Al referirse a las resoluciones judiciales -providencias, autos y sentencias- gradúa de forma diversa el requisito según la resolución. Las providencias se dispensan de fundamento aunque podrán ser motivadas brevemente sin requisito alguno, si se considera oportuno. Los autos serán siempre fundados e incluirán razonamientos jurídicos, y respecto a las sentencias -dónde se refiere a su estructura externa- se presupone que en sus fundamentos de derecho incluirán la motivación.

Es la LEC como se ha indicado la que incluye entre los requisitos internos de la sentencia la motivación, y la que se explye en su entendimiento, a mínimos. Aún regulando el orden jurisdiccional civil, a estos efectos, puede considerarse una ley procesal general si reparamos en su aplicación supletoria al resto de los órdenes jurisdiccionales, incluido el militar (art.4). Su art. 218.2 se formula en estos términos: «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». Así que dispone cómo y con qué contenido se satisfará este mandato constitucional. Además, incluye notas sobre la exhaustividad y la congruencia de la sentencia, por cuanto el deber de incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito entraña la exigencia de exhaustividad (cualidad de exhaustivo: que agota o apura por completo, según el diccionario de la RAE) o, lo que es igual, la ausencia de incongruencia omisiva o *ex silentio*, que significaría ignorar uno varios pronunciamientos debidos.

No obstante, si como expresa DÍEZ-PICAZO la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva «...es el derecho a que las normas procesales que inciden en multitud de aspectos de la impartición de justicia, así como las interpretaciones que de dichas normas procesales se hagan, sean razonables y proporcionadas; es decir, (...) deben atender a una finalidad razonable y debe existir proporción entre dicha finalidad y los medios dispuestos por la norma para obtenerla.»⁹⁰⁹, en la faceta o vertiente de motivación de las sentencias del derecho fundamental, el «equilibrio» entre medios y fines se mide por el TC a través del criterio de la mera razonabilidad o no arbitrariedad, es decir se practica un control en grado mínimo⁹¹⁰.

A pesar de la doctrina constitucional sobre la motivación, el tenor de la norma procesal «significa que el tribunal deberá fijar los hechos constitutivos base de la demanda, así como los alegados por el demandado capaces de negar o excluir la existencia del hecho constitutivo de la pretensión actora; y una vez considerados estos hechos individualmente y en su conjunto, aplicar la norma jurídica reguladora de ese supuesto de hecho según el marco jurídico alegado por los litigantes, para apreciar si tal supuesto de hecho jurídicamente relevante le lleva a la solución

908 Véase ALISTE SANTOS, T.J., *La motivación...*, cit., pp. 173-175.

909 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad; ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho)», *Cuadernos de Derecho Público*, 10, mayo-agosto 2000, p. 26.

910 *Ut supra*, p. 27.

propuesta en el fallo de la sentencia. Seguidamente, el órgano decisor deberá plasmar en esos fundamentos de derecho qué razonamientos le conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, aplicando entonces sobre los hechos dudosos las reglas que sobre la carga de la prueba contiene el artículo 217 LECiv (STS de 25 de febrero de 2010 [RJ 2010, 1794])»⁹¹¹.

1.5. Desarrollo del contenido de la motivación por el Tribunal Constitucional

Según el TC, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es obligatoria la motivación de las sentencias (Art. 120.3 CE). Los jueces y tribunales han de exteriorizar de forma suficiente y adecuada el razonamiento que, tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico, les lleva a su decisión judicial. La manifestación de los rasgos esenciales de su razonamiento permite apreciar su racionalidad o razonabilidad. Pero, ¿qué se entiende por racional y por razonable? ATIENZA⁹¹² nos aproximó a sus significados, y sus propuestas, en sentido estricto, aportan una noción de lo razonable con vocación de servir a «un esquema de criterio, que permita justificar que una determinada interpretación o decisión es preferible (está más justificada) que otra:

Una decisión jurídica, una sentencia, está racionalmente justificada si:

1. Respeta las reglas de la lógica deductiva, es decir, no contiene en su fundamentación errores lógicos.
2. Respeta los principios de la racionalidad práctica, entendida como la racionalidad lógica que, además, respeta en su fundamentación los principios de consistencia, eficiencia (relevancia), coherencia, generalización y sinceridad.
3. No elude la utilización, como premisa, de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante.
4. No utiliza, como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque puedan estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.

Una decisión jurídica, una sentencia, es razonable si:

1. Se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional.
2. Logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión.
3. Obtiene un máximo de consenso».

La motivación se configura como esencial instrumento para el control de la fijación de los hechos y, en su calificación, de la aplicación e interpretación del Derecho por otros órganos

911 TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comentario al art. 218 de la LECiv Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación», *Grandes Tratados*, Aranzadi, Marzo de 2011 (BIB 2011\5045).

912 ATIENZA, M., «Sobre lo razonable en el Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, pp. 93-110.

jurisdiccionales a través de los recursos. Sin motivación, el control no sería posible.

El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), calificado de «complejo y poliédrico», incluye en su faceta del derecho a una resolución fundada en derecho la exigencia de motivación de las sentencias y otras resoluciones judiciales⁹¹³. Desde sus primeros pronunciamientos el TC integró, y lo sigue haciendo sistemáticamente, la exigencia del artículo 120.3 CE en este derecho fundamental cualificado. Así lo refleja una propuesta de tesis sobre este derecho fundamental: «La tutela judicial efectiva, en sentido estricto y como derecho fundamental cualificado, consiste en el poder jurídico y consiguiente derecho público subjetivo que toda persona tiene de exigir a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial el acceso a los Jueces y Tribunales para plantear o defender, a través de los procedimientos establecidos, las cuestiones que afecten a sus derechos e intereses legítimos y obtener, después de un debate contradictorio, una resolución motivada y fundada en Derecho que solucione realmente, mediante una resolución razonable, extraída del ordenamiento jurídico y que se cumpla, el fondo de dichas cuestiones o, subsidiariamente, una resolución igualmente motivada, fundada y razonable que acuerde la imposibilidad de entrar en él»⁹¹⁴.

Sin embargo, y aún cuando motivación y fundamentación en derecho están íntimamente conectadas -la fundamentación en derecho especializa la motivación porque ésta ha de ser técnico jurídica, la primera es un *plus* sobre la segunda-, mantienen su propia identidad a pesar de cumplir las mismas funciones. Una sentencia es arbitraria no sólo cuando no está motivada sino también cuando es ajena al ordenamiento jurídico⁹¹⁵. La distinción más obvia la ofrece el propio ámbito de la motivación que, al menos teóricamente, ha de abarcar la apreciación de la prueba y los propios hechos.

Una decisión jurídica distinta a la sentencia, como un acto administrativo, puede presentar una apariencia de derecho pero sin la fundamentación que se exige de las sentencias -supuesto bastante frecuente- y carecer además de una auténtica motivación, aún enunciativamente exigida por la ley reguladora del procedimiento administrativo (art. 35 LPACAP) sin que por ello, se le prive de validez y a pesar de la identidad que su motivación habría de guardar con la de la resistencia u oposición en el ulterior proceso, que realmente sólo es exigida desde un punto de vista «singularmente» fáctico y no estrictamente jurídico⁹¹⁶. Por tanto, el régimen de la motivación y el de la fundamentación jurídica de las sentencias se especializa en el amparo de la tutela judicial.

Sentencia motivada es sinónimo de sentencia razonada aunque no forzosamente fundada en Derecho, y a la inversa una sentencia puede estar fundada en Derecho pero no motivada. La motivación es la reflexión y razonamiento que se incorpora necesariamente a un acto de voluntad, y la sentencia lo es pero la justificación que se exige en la misma comprende además

913 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre algunas...», cit., pp. 14 y 35.

914 CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, p. 352.

915 CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela efectiva. Derechos y garantías...*, cit., p. 242.

916 Véase, HUERGO LORA, A., «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Administración pública*, Núm. 145, Enero-abril 1998, pp. 89-115.

su condición de acto de conocimiento por lo que no puede entenderse cumplida aquélla con la simple descripción formal de los hechos y consideraciones jurídicas, sino que ha de suponer una incorporación del proceso lógico de convicción del juzgador y de los preceptos aplicables en cada caso, en obligada consideración a los litigantes y a la propia sociedad que tiene derecho a conocer cuál o cuáles son las razones que motivan la decisión judicial⁹¹⁷. También se ha precisado más sobre la fundamentación en Derecho: «No basta, en efecto, manejar artículos de una ley para que la resolución sea una resolución fundada en Derecho. La misma incorpora no sólo el dato legal, sino también las reglas del razonamiento jurídico en virtud de las cuales ese dato legal debe aplicarse a la realidad fáctica. En caso contrario, cuando sólo existe una amalgama de preceptos legales prescindiendo del método jurídico necesario para aplicarlos, la decisión tendrá una apariencia de Derecho, pero en realidad no será una decisión fundada en Derecho»⁹¹⁸.

Además la motivación jurídica ha de ser razonable, si no racional, porque es algo distinto a su motivación o fundamentación en Derecho⁹¹⁹, aunque esta última posibilidad es bastante remota en el mundo del Derecho⁹²⁰, y dado que la razonabilidad es subsidiaria a la racionalidad, los tribunales encuentran en ella un margen de apreciación que incluye varias posibilidades. Siendo así, se exige razonabilidad en la motivación. El auténtico control de calidad de las sentencias se dirige no a la motivación en sí misma sino a su razonabilidad, aunque «el TC no tiene un concepto unívoco» de la misma. Los distintos significados atribuidos por el TC al concepto de razonabilidad han sido jerarquizados, en función de su frecuencia e importancia⁹²¹:

«1. La falta de razonabilidad como falta de causa, razón, finalidad o motivo verdadero para la toma de una decisión. 2. Se equipara razonabilidad con proporción, concordancia o adecuación “entre los fines anunciados de una decisión y los medios empleados para conseguirlos”. Complementa el primer significado, por cuanto una vez que existe causa se mide su adecuación a los fines. 3. Es irrazonable, más bien irracional, “aquello que es en sí mismo contradictorio o que conduce a un resultado absurdo”. 4. La decisión adoptada es razonable “si es una de las múltiples decisiones razonables posibles” y puede ser reconocida por cualquier persona normal o por un miembro medio de la comunidad jurídica. 5. La razonabilidad se equipara a lo justo y a aquello que responde a los valores de la CE, porque “no es un puro sinónimo de la corrección hermenéutica”. 6 Otros usos esporádicos, que la equipara a lo razonado, justificable, lo deseable pero inexistente».

Se ha destacado que se trata de una exigencia moderna y, sin duda, de otra gran conquista de

917 Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 2 de octubre de 1986, F.J. 3º (RJ 1986/5376).

918 PÉREZ ALGAR, F., «La relevancia constitucional del método jurídico», *Poder Judicial*, nº 20, 1990, p. 59.

919 CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva...*, cit., p. 260.

920 Si seguimos las propuestas de ATIENZA, la dificultad que encuentran la mayoría de las sentencias para ser calificadas de «estrictamente racionales» a partir del cumplimiento de los cuatro requisitos no llevaría a un reproche de irracionalidad o injustificabilidad por cuanto podrían justificarse de «alguna otra forma», acudiendo a criterios de razonabilidad». ATIENZA, M., «Sobre lo razonable...», cit., pp. 95-96.

921 CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial...*, cit., p. 262. «...siendo acumulativas las acepciones examinadas, puede decirse que para el TC es razonable un acto o decisión cuando tiene una causa o finalidad que lo justifica, cuando esa finalidad es acorde y proporcionada a los medios empleados, cuando la decisión no conduce al absurdo y respeta los valores constitucionales y cuando, después de analizada, podría ser reconocida como tal por cualquier persona.» *Ibidem*, pp. 263-268.

las revoluciones liberales en materia de Administración de Justicia⁹²². Sin embargo, los rasgos que el TC ha ido conformando a través de su control en torno a la exigencia de motivación de las sentencias nos llevan a concluir en contraste con el objetivo y objeto de la justificación señalados, que este aspecto esencial de la sentencia, por tanto, de la Jurisdicción, sigue siendo una «asignatura pendiente»⁹²³. A pesar de los años de vigencia de la LEC no se aprecia una nueva y más severa doctrina constitucional sobre la motivación. Los más completos imperativos de la nueva norma, no permitían por sí solos alumbrar muchas esperanzas en un cambio de hábito a corto plazo por parte de los órganos jurisdiccionales al motivar sus sentencias, especialmente por lo que a los hechos y su prueba se refiere⁹²⁴.

La garantía constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 CE) en relación con el poder judicial está llamada a hacerse efectiva a través del control de la motivación de las resoluciones judiciales. A través de la argumentación en que se manifiesta, puede determinarse si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo o no⁹²⁵. La decisión ha de ir precedida por una exposición de los argumentos que la fundamenta, garantizándose así al justiciable la comprobación de que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, no fruto de la arbitrariedad⁹²⁶, por tanto, además, la motivación ha de ser reconocible como aplicación del Sistema jurídico⁹²⁷.

Se trata de que el proceso de aplicación del Derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que quede explicitado y reciba la necesaria y suficiente publicidad. El ciudadano tiene derecho a conocer las razones de la decisión, lo que exige «en algunos casos» ir más allá

922 DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 60.

923 «...a la luz de la jurisprudencia constitucional resulta muy difícil que el TC considere que una resolución judicial carece de motivación. Y ello porque el TC ha ido flexibilizando notablemente las exigencias para entender que una resolución judicial está debidamente motivada...De ahí que el número de recursos de amparo estimados por vulneración del derecho a la motivación sea realmente exiguo. También cabe que ello se deba a que nuestros Tribunales cumplen siempre bien con el deber de motivación.», DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental...», cit., p. 35.

924 «Pienso que aunque la norma pudo tal vez haber sido redactada de una manera mucho más precisa, existe demasiada mención a la factualidad para que pueda restarse importancia a una motivación probatoria necesariamente más esmerada y satisfactoria de la que hasta el presente nos tienen acostumbrados muchas sentencias. Pero...a falta de una imposición más severa de la norma, el precepto se satisfará en la mayoría de los casos, y a salvo la motivación específica de la prueba de presunciones, con sólo expresar el medio o fuente de la cual se obtiene la evidencia...Entiendo...más significativa la segunda parte del precepto, cuando con una construcción gramatical que exhala insistencia, obliga al juez a “incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. Pienso que este enunciado debiera conducir a una mayor concienciación motivacional de la prueba. En primer lugar habla de *elemento*, que...es un término que puede llegar a ser más omnicomprensivo que el de prueba, entendida esta última en sentido estricto. En segundo lugar invoca las reglas de la lógica y de la razón (*rectius*: máximas de experiencia), lo cual implica cierta y mínima ponderación de los medios empleados (prueba sobre la prueba y argumentos de cierre). Y por último esa doble consideración que debe hacerse -tanto individual como del conjunto- presupone un complejo inferencial distinto a lo que podría suponer el mero listado o inventario de las pruebas». MUÑOZ SABATE, L., «Fundamentos de...», cit., pp. 445-446.

925 SSTC 174/1985 y 175/1985. Obsérvese que el TC se refiere una y otra vez a un proceso deductivo en la argumentación que no es tal en la mayoría de los casos, salvo que señale a la propia estructura formal de la sentencia que mantiene el esquema tradicional del silogismo jurídico.

926 STC 116/1986.

927 STC 13/1987.

de lo que es una simple y escueta calificación o encaje de los hechos declarados probados en una norma jurídica, puesto que con ello las razones de la decisión pueden mantenerse todavía como desconocidas. Estos argumentos se incluían en la STC 55/1987 que habitualmente es destacada en los estudios sobre la materia. Analizaba la exigencia de motivación en una causa penal y brilló por su extensa y explícita delimitación tanto positiva como negativa, así como por el fundamento otorgado a la exigencia. Además, subrayó su dimensión jurídico-política en relación con el principio de publicidad de la actividad jurisdiccional. Se destacó⁹²⁸ de sus razonamientos «la proclamación de la persona, del ciudadano, como centro del orden político y jurídico, en el sentido de ser merecedor de explicaciones dimanantes de la Administración de justicia, pues en contra de la divinización que tal poder público ha merecido en el pasado, hoy debe proclamarse que son los jueces y tribunales los que están al servicio de los ciudadanos y no viceversa, relación de servicio que en ocasiones se sigue olvidando, por ejemplo cuando se hace esperar al usuario de este servicio público por imprevisiones horarias o por mera desidia o desconsideración».

Indudablemente, si la motivación consiste en un «ensayo de persuasión»⁹²⁹ la parte procesal que no ve acogidos favorablemente sus intereses en la decisión judicial la encuentra con frecuencia si no inadecuada, al menos insuficiente. En este sentido, y refiriéndonos a un concepto jurídico indeterminado, que no permite ser objeto de abstracción sino de observación particular en cada caso, el TC ha debido de pronunciarse sobre supuestos de motivación implícita, tácita y por remisión, así como sobre la validez de modelos de sentencias impresos o formularios estereotipados que los destinatarios perjudicados por la resolución judicial han denunciado en amparo como inadecuada y vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva. Las conclusiones, decepcionantes en algunos casos, demuestran que el control de la motivación no opera siempre con el mismo y deseado rigor pues para el TC es fundamental, en este sentido, atender a la importancia del caso y a las cuestiones que en el mismo se plantean⁹³⁰. Y a esta conclusión se llegó mucho años atrás: «...no será la naturaleza del defecto lo que determine en última instancia si su omisión vulnera o no la tutela judicial, sino las circunstancias concurrentes en el caso»⁹³¹.

Antes de recordar aquí la doctrina del TC sobre la motivación implícita y su aplicación a ella de la doctrina de la proporcionalidad, por tanto, trasladada al derecho de tutela judicial⁹³², hay que tener presente que la parte procesalmente vencida tiende a asirse a cualquier argumento

928 RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Necesidad de motivación de las sentencias (Comentario a la STC 55/1987 de 13 mayo)», *LA LEY*, 1987 (4), p.1.059. Por mi parte, no deja de «chirriar» la expresión «en algunos casos» que manifiesta la escasa ambición de este Tribunal en su control sobre esta exigencia.

929 SAUVEL, M.T., «Histoire du jugement motivé», *Revue de Droit public*, 1955, p. 6.

930 STC 236/1997.

931 GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., «Desestimación tácita, incongruencia por omisión de pronunciamiento y derecho a la motivación de sentencias *Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 27/1988, de 23 de febrero*», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 35, Civitas, Madrid, 1988, p. 412.

932 «Un análisis detenido de todas y cada una de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva permite sentar la conclusión de que a todas ellas subyace una *ratio* común: la imposición de un canon de razonabilidad y proporcionalidad a las normas procesales y a las interpretaciones de las normas procesales. En el fondo, el derecho a la tutela judicial efectiva no es sino el derecho a que las normas procesales que inciden en multitud de aspectos de la impartición de justicia, así como las interpretaciones que de dichas normas procesales se hagan, sean razonables y proporcionadas; es decir, las normas procesales y las interpretaciones de las mismas deben atender a una finalidad razonable y debe existir proporción entre dicha finalidad y los medios dispuestos por la norma para obtenerla. Ésta es la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva», DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre algunas facetas...», cit., p. 26.

para conseguir la nulidad de la resolución y la sustitución del criterio de los tribunales, atacando con cierta «ligereza» la motivación por supuestamente oscura e imprecisa o porque no incluye consideraciones sobre todas las alegaciones o argumentos jurídicos esgrimidos en apoyo de sus pretensiones, confundiendo en el último caso una falta de o escasa motivación con la incongruencia omisiva o *ex silentio*⁹³³. Y es que la frontera entre motivación irrazonable, desestimación tácita e incongruencia omisiva no siempre es nítida, aunque la normativa ya no discrimine en los diversos supuestos para la decisión sobre nulidad de actuaciones (art. 238-241 LOPJ)⁹³⁴.

Ha dicho el TC que no es constitucionalmente exigible una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes siempre que se resuelvan las pretensiones formuladas. Incluso puede basarse la decisión en una fundamentación jurídica distinta a la que aportan aquéllas, con base en el principio «*iura novit curia*», si esto no supone una inadecuación o desviación respecto de las pretensiones de tal índole que modifique sustancialmente los términos en que se planteó el debate procesal⁹³⁵, lo que la convertiría en incongruente.

Ni la Constitución ni las distintas leyes procesales se refieren a la extensión en la motivación o, en términos más correctos «El 120.3 CE y las normas procesales en general guardan mutismo absoluto en lo tocante al referente empírico del concepto de “motivación”»⁹³⁶. No hay norma alguna que imponga *a priori* una determinada extensión ni tampoco un cierto modo de razonar⁹³⁷. Motivación o «explicar la decisión judicial»⁹³⁸ no conlleva una simétrica exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos científicos⁹³⁹. No se trata entonces de corrección técnico-jurídica del razonamiento⁹⁴⁰ -que nos situaría ante un problema de legalidad ordinaria-, pero ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* con una imprescindible coherencia lógica⁹⁴¹. Existen

933 Como razona en su trabajo PADURA a la motivación no se le exige congruencia y exhaustividad, la motivación no es requisito integrante de la exhaustividad y no ha de ser incluida en el principio de congruencia porque «en la motivación fáctica y jurídica, es donde se detiene el alcance del deber de congruencia o correspondencia entre acción y sentencia. En estos dos momentos de la formación de la sentencia (valoración y apreciación de la prueba o motivación fáctica, y subsunción o motivación jurídica) el juez no está en modo alguno vinculado por la voluntad de las partes, es libre. Y libertad y congruencia son términos antitéticos...Y es que la congruencia ha de predicarse de los pronunciamientos, no de la motivación. Son los pronunciamientos los que, por resolver las pretensiones y alegaciones fundamentales de ambas partes, han de responder y ser respetuosos con lo que es su propio objeto de decisión», PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Omisión de pronunciamiento...*, cit., pp. 361-362.

934 Véase ZAPIRAIN BILBAO, A., «La precaria delimitación de fronteras entre motivación irrazonable e incongruencia omisiva y su repercusión sobre el incidente de nulidad del art. 241 LOPJ. Un recorrido por las SSTC 218/2003 y 83/2004», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 15/2004, Pamplona, 2004, (BIB 2004\1697).

935 SSTC 14/1985, 181/1985, 95/1990, 180/1993.

936 IGARTUA SALAVERRIA, J., «La motivación de...», cit., p. 145.

937 SSTC 119/1987 y 77/1993.

938 Expresión poco acertada retomando los significados de la motivación-justificación, donde se insiste en que el juez no ha de explicar sus resoluciones, sino motivarlas a través de la argumentación pertinente, identificar las reglas utilizadas y justificar su utilización.

939 STC 325/1994.

940 STC 56/1987.

941 Para un estudio detallado sobre la exigencia de coherencia en la motivación, véase COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., pp. 289-306.

motivaciones sumarias, sucintas, escuetas, consideradas suficientes y, por tanto, adecuadas⁹⁴². El TC insiste en que no es su cometido enjuiciar o censurar la parquedad de una fundamentación⁹⁴³ o la forma de estructurar una sentencia y de establecer la conexión entre las consideraciones de ésta y las alegaciones de las partes⁹⁴⁴. La motivación escueta y concisa no deja de ser motivación por ello. Donde a primera vista podría apreciarse ausencia de motivación, en un examen más detallado se encuentra⁹⁴⁵. En definitiva, la necesidad de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos⁹⁴⁶.

En esta línea interpretativa el TC ha concedido validez a la motivación, y por tanto a la sentencia, contenida en «modelos impresos o formularios estereotipados». Aún siendo desaconsejable su uso por ser potencialmente contrarios al derecho a la tutela efectiva no implican necesariamente falta o ausencia de motivación⁹⁴⁷, si bien en repetidas ocasiones el carácter estereotipado de la motivación no ha superado el control de calidad constitucional de la sentencia. Las frases manidas, la utilización de cláusulas de estilo abstractas y genéricas extrapolables o válidas para cualquier caso e insuficientes por tanto para todos excluyen la motivación⁹⁴⁸.

La necesidad de motivación no descarta los razonamientos por referencia o remisión a los que ya constan en el proceso⁹⁴⁹. Estas formas también desaconsejadas y peligrosas de motivación se respetan si guardan relación y son proporcionadas y congruentes con el problema que se resuelve y si además, a través de ellas, las partes consiguen conocer el motivo de la decisión a efectos de ulterior recurso, permitiendo también a los tribunales superiores cumplir su función revisora. En definitiva, si no colocan a la parte en situación de indefensión prohibida en el 24.1 CE. La motivación por remisión se produce con cierta frecuencia en autos que asumen la motivación de las resoluciones que los preceden, pero cuando se utiliza en sentencias por remisión a la recurrida cuesta aceptar tal posibilidad, aún cuando el TC la admita. Es imposible imaginar el escrito de interposición o formalización de un recurso devolutivo, motivado por remisión a la demanda, a la contestación o a las conclusiones. Quizás los órganos jurisdiccionales que aún practican esta haragana forma de motivación debieran colocarse en el lugar de las partes.

942 ATC 211/1984.

943 Conviene insistir en que esta expresión responde al hecho de que el TC ha identificado desde el principio el derecho a la motivación con el de obtener una resolución fundada en Derecho. Así lo expresó en su sentencia 61/1983, de 11 de junio: «el derecho de tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada, lo cual quiere decir que la resolución ha de estar motivada. Cuando se omite todo razonamiento respecto a alguna de las pretensiones no puede sostenerse que se ha dictado resolución fundada». Recuérdese, además, que la argumentación en que se manifiesta la motivación fáctica y jurídica de las sentencias se ha de incluir en la fundamentación jurídica de las mismas, según disponen las normas procesales.

944 STC 13/1987.

945 STC 174/1987.

946 STC 184/1988.

947 STC 116/1998. El voto particular del magistrado Vicente Gimeno Sendra considera que «no es que, como advierte la mayoría, la sentencia contenga muchas expresiones estereotipadas, sino que toda ella es un auténtico estereotipo».

948 SSTC 74/1990, 177/1994, 26/1997.

949 SSTC 55/1987, 146/1990, 184/1988, 411/1990, 27/1992, 235/1993 y AATC 688/1986 y 956/1988. También la 11/1995, en la que el recurrente confunde esta motivación con incongruencia por omisión, la 24/1996, 115/1996, 116/1998.

Un caso singular que, con la ampliación de competencias sustantivas para el orden social, no es dable en la actualidad lo representa la STC 21/2011. El conflicto subyacente giraba en torno a la infracción en materia de prevención por accidente de trabajo que hubo de impugnarse ante el orden contencioso-administrativo y el recargo sobre prestaciones que se enjuició en el orden social. El contencioso anuló la infracción con sentencia previa y firme sobre los mismos hechos que la jurisdicción social impuso el recargo, y la empresa responsable recurrió en amparo con éxito. La *ratio decidendi* del TC se concretó en la insuficiente motivación de los tribunales sociales para eludir y apartarse de las conclusiones fácticas del juzgado de lo contencioso-administrativo. No se trató como contradicción inconstitucional o necesaria vinculación sino que se aplicó el canon de motivación reforzada que no se superó bajo una justificación tan genérica como el enjuiciamiento desde distintas ópticas (F.J. 4º).

Así que, como se ha indicado anteriormente, el TC considera que la importancia de la materia tratada en ciertos supuestos exige un específico y reforzado deber de motivación del que no participan el resto de las resoluciones. Aunque es obvio que el TC no es una instancia casacional, como «intérprete supremo de la Constitución» debe revisar, si a ello se le insta a través del recurso de amparo, la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales según la Constitución. Si la interpretación de la legalidad, aún formalmente motivada, supone la lesión de un derecho fundamental puede ser revisada en sede constitucional, más aún, no debe quedar excluida de tal revisión, pero en virtud de la vulneración de ese derecho, y no de la tutela judicial⁹⁵⁰.

Por tanto, cuando entran en juego derechos fundamentales, la presunción de inocencia o la introducción de nuevos criterios por un tribunal que resuelve de forma distinta en supuestos iguales, así como cuando «se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico» y cuando se trate de recursos contra sentencias penales condenatorias⁹⁵¹ se exige un específico⁹⁵² y reforzado o «ampliado»⁹⁵³ deber de motivación del que no participan con carácter general el resto de resoluciones.

1.5.1. Igualdad en la aplicación de la ley y motivación por cambio de criterio

La exigencia constitucional de motivación se especializa cuando un tribunal se aparta del criterio que venía manteniendo. Esta decisión, «apartamiento del autoprecedente», requiere conforme a la doctrina constitucional un plus que se traduce en la carga de argumentar sobre

950 SSTC 159/1989, 25/1990 y 26/1990.

951 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., p. 415.

952 Para el estudio del contenido específico que debe ser objeto de justificación adicional en cada uno de los supuestos, véase COLOMER, *ut supra*, pp. 416-424.

953 «En relación con estos supuestos lo primero que hay que hacer constar es la inadecuada denominación que se les ha atribuido por parte del Tribunal Constitucional, ya que hablar de “motivación reforzada” parece implicar que son casos en los que se refuerza con carácter general la intensidad de la justificación de toda la decisión, cuando en realidad en estas hipótesis lo único que sucede es que se amplía la materia objeto de la motivación. Por todo ello, en lugar “motivación reforzada” se debería hablar de supuestos de “motivación ampliada”, en los que atendiendo a la materia objeto de la decisión se amplía el contenido de la motivación.» *Ut supra*, p. 414.

la decisión del cambio de criterio⁹⁵⁴. Sin embargo en estos casos el amparo se otorga o no por vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE⁹⁵⁵.

El artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales, no pudiendo corregirse la interpretación o aplicación que del ordenamiento jurídico efectuasen sino en virtud de los recursos previstos en las Leyes. El contenido de esta norma se ha interpretado como la eliminación de «toda posibilidad de jerarquización de la potestad jurisdiccional, no resultando vinculantes para el Juez gubernativamente inferior los criterios interpretativos sentados por sus superiores, a salvo la orientación metodológica o de unificación de criterio que *motu proprio* quiera adoptar»⁹⁵⁶. A pesar de ello, es palpable la real fuerza vinculante de la jurisprudencia, de la doctrina unificada e incluso, en ausencia de la última, el criterio seguido por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley es compatible con los principios de independencia y no necesaria vinculación a los precedentes -nos referimos al «autoprecedente», no a la doctrina del precedente vertical u horizontal⁹⁵⁷-, por tanto, también con el de seguridad jurídica, de manera que el órgano judicial puede, mediante el oportuno razonamiento y motivación, variar eventualmente de criterio en sus ulteriores decisiones respecto del mantenido inicialmente en alguna o varias de las dictadas con anterioridad⁹⁵⁸ (doctrina de la motivación «reforzada»). El TC, sin desconocer la necesidad de un mínimo de uniformidad en la aplicación judicial del Derecho, prima la norma especial del sometimiento único del juez al imperio de la ley (Art. 117.1) sobre la general de la igualdad (Art. 14)⁹⁵⁹.

Su doctrina en materia de vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley se concreta en la concurrencia de los siguientes requisitos:

- La acreditación de un *tertium comparationis*, alegado y acreditado por la parte recurrente, ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial, que en casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria.

954 Sobre motivación y vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, véanse las SSTC 70/2003, de 9 abril F.J. 2º, también la 66/2003, de 7 abril y todas las citadas en ellas.

955 «...es cierto que el sistema del precedente tiene mucho que ver con la motivación de las decisiones, pero no equivale simplemente a una exigencia de motivación...Y no es equivalente porque el criterio universalizador en que se traduce la regla del precedente representa una condición o requisito que debe cumplir la motivación, pero no es la motivación misma, por lo que aquella exigencia de universalización puede considerarse propiamente como un reforzamiento o refinamiento de las condiciones de la motivación: ya no vale cualquier razón para fundar una decisión particular, sino sólo aquella razón que está en la base de un criterio que podamos querer como ley general. En cualquier caso, alguna diferencia debe haber encontrado el Tribunal Constitucional cuando sanciona la falta de motivación como una infracción del artículo 24 CE, mientras que la violación del precedente encuentra cobertura en el artículo 14 CE», GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente...*, cit., pp. 97-98.

956 VILATA MENADAS, S., «La congruencia de la resolución judicial y la vinculación al precedente», *Revista General de Derecho*, 1993, p. 6935.

957 Sobre la distinción entre precedente y *stare decisis* y la función conformadora del ordenamiento jurídico de la Jurisprudencia, véase BLASCO GASCO, F. de P., «Derecho judicial y derecho jurisprudencial», *Jueces para la Democracia*, nº 41, julio/2001.

958 SSTC 159/1989, 201/1991, 159/1992, 192/1994.

959 DIEZ-PICAZO, L.Mª, *Régimen constitucional...*, cit., p. 125.

- La existencia de alteridad con los supuestos citados como de contraste (sujetos diferentes objeto de resoluciones contradictorias), es decir de «la referencia a otro», exigible en todo alegato de discriminación en la aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo.
- La identidad de órgano judicial entendiendo por tal, en caso de órgano colegiado, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección (Tribunal, Sala y Sección), al entenderse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada, suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley⁹⁶⁰.
- La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia o de otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la Sentencia impugnada (algún dato externo que permita apreciar un posible cambio de criterio)⁹⁶¹.

Un reconocido análisis sobre la situación y sus consecuencias se expresaba en estos términos: «La exigencia de una fundamentación objetiva y razonable, para que el cambio de criterio de un órgano aplicador de la norma no se entienda como discriminatorio, plantea en toda su crudeza la aporía de un *juicio sobre juicios* enmarcado en un contexto de *autoinhibición* de competencias. De ahí que se lo intente sustituir por referencias de control menos polémicas, viables cuando la resolución impugnada se ha visto seguida de otras similares. Se produce así un curioso cambio de perspectiva (...). Por más que comparemos una resolución con las anteriores -único modo de que el ciudadano pueda sentirse injustamente discriminado, o inseguramente defraudado en sus expectativas- no habrá modo de dictaminar con firmeza la lesión de la igualdad. Cualquier dictamen al respecto podrá tropezar con una peculiar “constitucionalidad sobrevenida”, si el mismo órgano ha decidido seguir manteniendo tal discriminación en casos sucesivos»⁹⁶².

1.5.2. Doctrina del Tribunal Constitucional en torno al error patente con relevancia constitucional

El derecho a la tutela judicial efectiva implica que la pretensión formulada ante el órgano jurisdiccional competente obtenga una resolución motivada, pero no garantiza el acierto de la

960 «La verificación de la igualdad ha de partir necesariamente de considerar si la resolución que supuestamente quebranta un precedente anterior consolidado ha sido dictada o no por el mismo órgano personal, teniendo en cuenta que el titular de la potestad jurisdiccional es el Juez, siendo el juzgado, entendido como unidad orgánica, una mera conjunción de medios materiales y humanos puestos al servicio de aquel para coadyuvar a la material realización de todos sus actos. No cabe entender que cuando se habla de órgano jurisdiccional se entienda referido siempre al mismo, definido por su denominación orgánica, con independencia de sus titulares, no siendo dable que un Juez que venga destinado a un determinado órgano jurisdiccional aparezca vinculado por las resoluciones de su antecesor en el cargo, pues es él y no el órgano, el titular de la potestad y quien hace uso de su soberanía constitucionalmente atribuida.», VILATA MENADAS, S., «La motivación de la resolución judicial. La observancia del precedente», *Revista General de Derecho*, 1995, nº 604-605, p. 166.

961 STC 111/2002, de 6 mayo 2002, o la más cercana STC 38/2011.

962 OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 61-62.

decisión adoptada, ni preserva de eventuales errores al razonamiento jurídico, ni a la elección de la norma aplicable, cuya determinación, salvo que suponga lesión de otro derecho fundamental distinto, no rebasa el ámbito de la legalidad ordinaria y, por tanto, su control no corresponde a la vía de amparo constitucional⁹⁶³.

Pero el TC también ha dicho que sí es su función examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial impugnada para comprobar si son razonables, desde una perspectiva constitucional, corrigiendo en la vía de amparo cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un *error patente con relevancia constitucional*⁹⁶⁴, así como cuando se decide el fondo del asunto sin vinculación al sistema de fuentes.

En este sentido, el reproche constitucional del error patente no se dirige a la revisión de la selección de la norma sino a la motivación de la selección de la norma que, careciendo de lógica y coherencia, resulta arbitraria⁹⁶⁵. En otros casos, el TC ha observado falta de razonabilidad de la fundamentación por prescindir del Derecho vigente⁹⁶⁶, aunque estas situaciones, aún a veces relacionadas con la motivación, afectan al requisito de la fundamentación de la sentencia. La práctica del TC consistente en entrar a analizar la aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria y, en este ámbito, la selección de la norma aplicable cuando existe error patente, como supuesto vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva, y sin que la aplicación o interpretación contraríe otros derechos fundamentales o libertades públicas, aún siendo excepcional, es objeto de crítica: «Si cierto es que, reiteradamente, se ha declarado por el referido Tribunal que no puede pretenderse que a través del recurso de amparo se reparen, rectifiquen o corrijan los errores, equivocaciones, incorrecciones jurídicas o, en definitiva, injusticias producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas –ya que, de hacerse, estaría actuando a modo de supercasación, desnaturalizando gravemente las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas y mermando la facultad jurisdiccional que sólo compete a Juzgados y Tribunales- lo cierto es que el uso de técnicas como la del “error patente” sirve para difuminar claramente esa función»⁹⁶⁷.

963 STC 127/1990 u otra más reciente, por todas.

964 STC 63/1990, por todas u otra más reciente.

965 STC 203/1994.

966 «...el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva “exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho” (SSTC 99/2000, de 10 abril, F.J. 6º y 144/2003, de 14 julio, F.J. 2º), lo que significa, como hemos advertido en la STC 184/1992, de 16 de noviembre, F.J. 2º, reiterando consolidada doctrina de este Tribunal, que “una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial (SSTC 23/1987, 24/1990 y 25/1990).

La exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho implica, como presupuesto inexcusable, (...), la vinculación a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, de todos los poderes públicos, y por consiguiente también de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (arts. 9.1 y 117 CE). Como este Tribunal afirmó ya en su STC 19/1982, de 5 mayo, “es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme” a la Constitución, lo que significa elegir entre sus posibles sentidos “aquél que sea más conforme con las normas constitucionales” (F.J. 7º).», STC 192/2003, F.J. 3º.

967 MERCADER UGUINA, J.R., «“Error patente” y límites del control del tribunal constitucional sobre la legalidad ordinaria (Breves reflexiones al hilo de la STC 43/2002, de 25 de febrero)», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 118, julio-agosto 2003.

Se dice que esta posibilidad revela la coexistencia de «dos líneas contradictorias en la jurisprudencia del TC: la que afirma que el derecho a la tutela judicial no abarca el derecho al acierto judicial ni tiene nada que ver con la aplicación del Derecho respecto al fondo del litigio y la que, por el contrario, afirma que la arbitrariedad o el error patente en esa aplicación del Derecho respecto del fondo de los asuntos vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva»⁹⁶⁸.

Quizás esta cuestión, sin dejar de ser controvertida, requiera atender a qué se entiende por acierto judicial. En el campo de la sentencia judicial el acierto es siempre relativo desde el momento en que queda descartada la teoría de la «única respuesta correcta», y por ello acierto no puede considerarse antónimo de error judicial. Es cierto que la combinación y, a la vez, reiteración de matices que expresa en sus fundamentos jurídicos el TC no resultan clarificadores. Cuando se dice que con la exigencia de «fundamentación en Derecho» no se garantiza el acierto de la argumentación judicial, «tampoco el triunfo de una pretensión determinada»⁹⁶⁹ -cuestión esta última sumamente obvia-, es necesario recordar que en los Fundamentos de Derecho de las sentencias es donde se citan los preceptos aplicados, donde se interpretan y también donde se hace explícita la motivación o justificación jurídica a través de la argumentación y, tanto la fundamentación en derecho como la motivación, íntimamente relacionadas pero no coincidentes como se ha visto *supra*, integran el derecho a la tutela judicial efectiva.

El error patente al que el TC otorga relevancia constitucional no atiende a la conveniente aplicación y/o interpretación del Derecho sino a cuestiones más precisas como la adecuación de la sentencia a la pretensión ejercitada con arreglo a una norma que contemple el supuesto de hecho planteado o a que la norma aplicada sea realmente aplicable, por su vigencia o por su relación al supuesto de hecho y a la súplica (lo que en ocasiones determina defectos de congruencia, que no de motivación). El control parece dirigirse más a la disposición aplicada que a su interpretación, si es que siempre son deslindables, lo que no excluye el control de razonabilidad de la argumentación jurídica puesto que inmersa en ella se contiene la Fundamentación en Derecho.

También es cierto, como expresan quienes claman por el abandono radical de esta línea jurisprudencial, «que los errores fácticos o jurídicos, manifiestos o no, de los tribunales ordinarios, tienen su remedio, en la medida en que el ordenamiento procesal lo permita, en el sistema de recursos o, en último extremo, en la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial»⁹⁷⁰ pero sin acceder al entramado de este último expediente, conviene no olvidar que en términos generales quien recurre en amparo agota primero los recursos que la norma procesal le otorga. Nadie acude por capricho o preferencia al TC, lo que significa que a través de los recursos devolutivos promovidos ante la jurisdicción ordinaria no ha sido remediado el error⁹⁷¹.

968 BORRAJO INIESTA, I., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y al recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, p. 66.

969 STC 22/1994 F. J. 2, utilizada, entre otras, por BORRAJO INIESTA, I., en *El derecho a la tutela judicial...*, cit., p. 69, para examinar esta cuestión.

970 *Ibidem*, p. 72.

971 En este sentido PULIDO QUECEDO, M., «De la negación del derecho al acierto del Juez...al error patente como motivo de amparo» (A propósito de la STC 107/2002, de 6 mayo), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 8/2002: «En definitiva, que el derecho a hacer justicia, y minimizar los excesos de la jurisdicción ordinaria contribuye a que el Alto Tribunal, cebe la bomba del **error notorio**, que se manifiesta así como un recurso de nulidad de actuaciones contra errores judiciales. La justicia del caso -insisto-, no debe

A pesar de lo expuesto, el TC ha insistido en que el error patente se relaciona primordialmente con aspectos de carácter fáctico y que para que tenga relevancia constitucional, para que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva han de concurrir los siguientes requisitos:

- El error ha de constituir la única base de la *ratio decidendi*, de forma que, “constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo”.
- El error no ha de ser imputable a la negligencia de la parte sino al órgano jurisdiccional.
- El error ha de ser patente o «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».
- La equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano «de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia constitucional»⁹⁷².

Precisamente es el contenido fáctico de la sentencia el que más limitada encuentra su revisión a través de los recursos devolutivos. Un caso claro es el contemplado y finalmente amparado por el TC en su Sentencia 196/2003. El recurrente ve estimada totalmente su pretensión principal en la sentencia de instancia pero en uno de sus hechos probados se establece un presupuesto fáctico erróneo que no es revisable a través de la impugnación del recurso interpuesto de contrario, de la que hace uso, pero que determina que el órgano *ad quem* estimando aquél revoque la sentencia sin entrar a resolver sobre las peticiones subsidiarias de la demanda, confundido por tal error. El razonamiento constitucional es digno de su traslado a este texto: «Pese a esta palmaria realidad (la denegación de todo grado de incapacidad permanente a la demandante de amparo por parte del INSS), el error arrastrado, esto es, el previo reconocimiento de la incapacidad permanente total de la actora por parte del INSS), se erige en determinante de la decisión adoptada al asentarse en el mismo la ausencia de pronunciamiento subsidiario en la parte dispositiva de la Sentencia de suplicación y ser el sustento del Auto desestimatorio del escrito de aclaración cuando afirma que no ha lugar a modificar la Sentencia porque la petición que se realiza a su través ya se encuentra reconocida (“ya que la invalidez permanente total ya está reconocida por el INSS”). El error constituye, así pues, el soporte fundamental del sentido de la resolución de suerte que resulta difícil conocer cuál hubiese sido el sentido de la resolución en relación con la pretensión subsidiaria de no haberse incurrido en el mismo. Por otro lado, no cabe duda de que el error ha producido un evidente efecto negativo en la esfera jurídica de la actora que se encuentra con

dejar de vislumbrar un uso **inadecuado** de la jurisdicción constitucional de amparo. Una vez más el recurso de amparo se configura con un recurso extraordinario, en este caso “per saltum”, contra decisiones **erróneas** carente de vía de recurso...Más de veinte años de jurisprudencia constitucional deberían servir para que casos como el estudiado, o no sucediesen; o si suceden, existiesen vías ordinarias de recurso, al margen del amparo, para subsanarlo».

972 STC 171/2001 y todas las en ella citadas. El mismo criterio en las más recientes: 36/2002, de 11 de febrero F.J.6º, 43/2002, de 25 de febrero F.J. 3º (Comentada por MERCADER UGUINA, J.R., en su trabajo «"Error patente" y límites del control del tribunal constitucional sobre la legalidad ordinaria (Breves reflexiones al hilo de la STC 43/2002, de 25 de febrero)», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 118, julio-agosto 2003., 78/2002, de 8 de abril F.J. 3º y 194/2003, de 27 de octubre.

una denegación judicial de su pretensión subsidiaria por causa de un inexistente reconocimiento administrativo de este grado y que, sin embargo, a partir de tal plasmación judicial devendría en cosa juzgada en relación con los concretos padecimientos que constan igualmente probados, situación ésta equiparable a una verdadera denegación de justicia» (F.J.7º).

Por último, no se puede obviar un aspecto repetidamente tratado de forma poco clara y al que cualquier estudio procesal debe mirar. La motivación, la congruencia y la exhaustividad conforman tres de los requisitos legalmente llamados «internos» de la sentencia judicial expresamente diferenciados en la norma procesal y con un significado y alcance propio. Sin embargo el defecto de exhaustividad queda muchas veces tratado como una incongruencia, la omisiva o *ex silentio* y, a su vez, en ciertos supuestos litigiosos, los pronunciamientos demuestran observar una precaria delimitación de fronteras entre la motivación y este tipo de incongruencia.

1.5.3. Motivación e incongruencia por omisión

El control de calidad que el TC practica sobre las sentencias incluye sin duda la exigencia de congruencia tal y como se verá en un momento posterior. Pero de sus posibles desviaciones, es la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio* la que se relaciona, incluso confunde, con la motivación⁹⁷³, salvando su reproche vulnerador de la tutela judicial efectiva, en ocasiones, gracias a la motivación que la suple y que hace posible, aunque excepcionalmente, el silencio interpretado como desestimación judicial tácita. Por tal razón se incluye esta cuestión en el estudio de la motivación.

El TC ha consolidado una doctrina sobre la incongruencia por omisión que se resume como sigue⁹⁷⁴:

- No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones, en sí mismas consideradas. Algunas alegaciones secundarias pueden no precisar, necesariamente, una respuesta explícita y pormenorizada. Respecto al resto, podría bastar una respuesta genérica, y esta carencia, en su caso, debiera de plantearse como potencialmente vulneradora del derecho a la motivación de las sentencias, por motivación insuficiente, no por defecto de congruencia. En este sentido la dimensión de la incongruencia *ex silentio* con relevancia constitucional se encuentra en la indefensión que produce la ausencia total de motivación sobre los pronunciamientos omitidos⁹⁷⁵. Las pretensiones, sin embargo, sí precisan, con todo rigor, una respuesta congruente y explícita aunque, excepcionalmente, puede admitirse una desestimación tácita de la pretensión⁹⁷⁶.

973 «En lo referente a la incongruencia omisiva, el TC vincula la falta de exhaustividad en la sentencia con la necesidad de motivación en las resoluciones judiciales...», GONZÁLEZ GARCÍA, J.Mª., «Desestimación tácita...», cit., p. 409. Aunque se tratará con mayor detalle y profundidad al estudiar la congruencia, puede desde ahora remitirse a la obra de PADURA BALLESTEROS, Mª T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Mac Graw Hill, Madrid, 1998, cit.

974 STC 195/2000, F.J. 2º.

975 GONZÁLEZ GARCÍA, J. Mª, «Desestimación tácita,...», cit., p. 410.

976 SSTC 56/1996, 85/1996, 26/1997, 16/1998.

- Para apreciar una respuesta tácita con validez que eluda el reproche de omisión de pronunciamiento es necesario que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión, es decir, de la propia motivación de la sentencia⁹⁷⁷, y pueda deducirse también que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida y los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.
- Deberá comprobarse, además, que la pretensión cuya respuesta es omitida, fue efectivamente llevada al juicio en momento procesal oportuno para ello⁹⁷⁸.
- Y, en todo caso, se ha debido producir un efectivo y real perjuicio de los derechos de defensa.

Esta doctrina se mantiene en la actualidad. Es evidente que la omisión de un pronunciamiento judicial debido a la pretensión oportunamente planteada en toda su extensión *-petitum* o *petita* y sus correspondiente/s causa/s de pedir- implica necesariamente ausencia de motivación al respecto –salvo que pueda deducirse con garantías tácitamente- como lo es que la omisión, si es tal, comporta un defecto de exhaustividad porque la sentencia es incompleta. Sin embargo los instrumentos articulados por la LEC para este caso en su art. 215 que posibilita solicitar al propio tribunal que ha incurrido en la omisión que complete la sentencia con el pronunciamiento/s debido, no siempre encuentra respuesta. Al tratarse de un remedio no devolutivo permite al órgano «seguir en sus trece» tanto por no reconocer un error cómo por discreparse respecto a la condición de «debido» del pronunciamiento demandado. Si el proceso sufre este incidente en la instancia siempre puede esperarse que el órgano *ad quem* con otro parecer «llame al orden» al inferior, pero si es la sentencia de aquél la que adolece de exhaustividad, en consecuencia de motivación y por tanto peca de omisión, el justiciable se ve abocado al amparo constitucional.

En este sentido, y como siempre, es el objeto del proceso en toda su complejidad el que tiene la última palabra en la resolución de estos casos. Su estructura, contenido posible y debido en cada uno de sus elementos y, en correspondencia, en la decisión judicial, pronunciamientos debidos, posibles e indebidos, *ratio decidendi* y *obiter dicta* aportan las pistas imprescindibles. Aún así, reconozcámoslo, no siempre está claro. Hay supuestos relativos o susceptibles de convertirse en tales con una hábil y/o autoritaria argumentación jurídica, y nuestros magistrados son seres humanos.

El TC entiende que cabe distinguir no sólo las alegaciones deducidas por las partes y sus pretensiones sino también, y además, las respuestas a ambas, la motivación de estas respuestas porque es la que puede hacer superar a la sentencia el control constitucional cuando se trata sólo de la omisión del pronunciamiento expreso pero no de la decisión desestimatoria⁹⁷⁹. Probablemente estos casos en los que no puede llegar a observarse una desestimación tácita por ausencia de motivación suficiente respecto al pronunciamiento omitido se refieran, aunque no se diga expresamente en las sentencias del TC, a insuficientes o ausentes motivaciones fácticas. La delimitación entre alegaciones sustanciales y secundarias de las partes, controvertidas, se realiza

977 STC 91/1995, de 19 junio, F.J. 4º.

978 SSTC 91/1995, 56/1996, 82/1998, de 20 abril, F.J.3º; 83/1998, de 20 abril, F.J.3º; 89/1998, de 21 abril, F.J.6º; 101/1998, de 18 mayo, F.J.2º; 116/1998, de 2 junio, F.J.2º; 129/1998, de 16 junio, F.J. 5º; 153/1998, de 13 julio, F.J.3º; 164/1998, de 14 julio, F.J.4º; 206/1998, de 26 octubre, F.J.2º; 15/1999, 29/1999, 74/1999, 94/1999, 212/1999, 23/2000.

979 STC 187/2000, F.J.4º.

en la fase de admisión de las pruebas propuestas. En este momento el órgano judicial decide su pertinencia entre otras razones por la relevancia que su objeto ha de tener sobre la *litis*. Una vez determinadas qué alegaciones fácticas se han sometido al procedimiento probatorio la valoración de su resultado debiera ser justificado en su totalidad. En consecuencia, la ausencia de motivación sobre alguno de los resultados arrojados por los medios de prueba practicados tendría que impedir la apreciación de una desestimación tácita.

Resulta paradójico que en ocasiones la falta de pronunciamiento expreso se resuelva en favor de la validez de la sentencia gracias a que de su motivación se deduce una desestimación tácita y así se excluye la indefensión vulneradora de la tutela judicial denunciada en amparo. En ocasiones, el TC habla de «respuestas tácitas» pero sólo se incluyen las desestimaciones. De cualquier modo esta posibilidad constitucional ha recibido duras y argumentadas críticas doctrinales⁹⁸⁰. La figura conduce a una «indefinición acerca de los límites constitucionales de la función jurisdiccional»⁹⁸¹. Sin embargo, no sorprende si atendemos a la línea interpretativa del TC sobre vulneraciones procesales. Sólo les otorga relevancia constitucional cuando realmente deduce indefensión producida a la parte, lo que por otra parte no puede hacernos olvidar que en estos casos la parte afectada habrá encontrado especiales dificultades a la hora de articular los previos recursos devolutivos y que sus desafortunados resultados le han conducido al amparo constitucional.

No han faltado detallados estudios donde se califica de «panorama desolador»⁹⁸² las conclusiones alcanzadas en la materia: el TC viene siendo proclive a reconocer la incongruencia por omisión tan sólo cuando afecta al *petitum*, a calificar de «meros alegatos jurídicos» las excepciones materiales o a entenderlas tácitamente desestimadas con la decisión de la demanda, a exigir respuesta expresa sobre la oposición meramente procesal o a decidir desestimación tácita de tal excepción cuando se resuelve directamente el fondo litigioso. Y todo ello no exento de ambigüedades que se sitúan en tres fases: hasta 1990 «desconcierto absoluto», en el año 90 formulación de la tesis del «efecto útil», en el año 93 se distingue con claridad pronunciamiento implícito e innecesario, destacándose la unificación operada por el TC entre exhaustividad y motivación y la confusión de la primera con incongruencia *ex silentio*.

En relación con la omisión manifiesta de pronunciamientos respecto a pretensiones oportunamente deducidas por las partes y sustanciadas en el proceso, reiteramos que el art. 215 LEC modificó el mecanismo de denuncia de la incongruencia omisiva al disponer sendos procedimientos, a instancia de parte y de oficio, para completar la sentencia -también los autos- con el pronunciamiento omitido a través de un auto irrecurrible que podría disponer incluso no haber lugar a completar la resolución. Esta última posibilidad contrasta con la regla establecida sobre forma y contenido del fallo de las sentencias que impone expresar numerados «los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos» (Art. 209). 4ª) y con las disposiciones sobre exhaustividad, congruencia y motivación de las sentencias, según las cuales siendo varios los puntos objeto de litigio «el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos» (Art. 218. 3).

980 COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., pp. 387-390. MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 977.

981 GONZÁLEZ GARCÍA J. M^a, «Desestimación tácita...», cit., p. 412.

982 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Omisión de pronunciamiento...*, cit., pp. 352-353.

Teniendo en cuenta que la omisión de pronunciamiento es muchas veces fruto del descuido del órgano judicial, con este sistema de integración de las sentencias unido a las completas disposiciones sobre la forma y contenido de las mismas, cabía esperar que comenzase a ser habitual la atención del juez de oficio o con solicitud al complemento de la sentencia, liberando a la parte de la necesidad de acudir al recurso devolutivo o al amparo constitucional. A la vista de las escasas y ocasionales Sentencias dictadas por el TC en algo más que la última década, más aún en relación con procesos sociales casi inexistentes, puede decirse que gracias a estos instrumentos, a la concienciación cada vez mayor de la planta ordinaria como garante de los derechos y libertades fundamentales y al papel de la casación unificadora, se están dando los frutos esperados.

Sin embargo, a diferencia del proceso civil en el que se exige haber solicitado complemento de sentencia antes de interponer el recurso devolutivo por incongruencia omisiva y en el contencioso-administrativo desde fechas recientes⁹⁸³, en el proceso social no es necesario⁹⁸⁴, así que no pueden calificarse de ocasionales las sentencias dictadas por la Sala Cuarta en las que se enjuicia la denuncia de incongruencia por omisión a la que normalmente se anuda una falta de motivación. Además, el defecto de exhaustividad plantea cuestiones de mayor complejidad en relación con la preclusión y la cosa juzgada, que se analizarán en un momento posterior.

No puede darse por finalizado este apartado sin trasladar aquí, de manos del propio TC, una breve síntesis sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad constitucional⁹⁸⁵. A partir de la segunda mitad de los noventa, toma forma el test de razonabilidad en el control de la motivación de las decisiones judiciales, reforzado para ciertas actuaciones por su directa incidencia sobre otros derechos⁹⁸⁶. En su Sentencia 55/1996 declaró que el principio de proporcionalidad sólo puede invocarse en relación con la vulneración de preceptos constitucionales, de manera que es un instrumento -no constituye un principio constitucional- que permite establecer criterios y reglas para el caso concreto. Integra comprobaciones sobre adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cambio, el juicio de razonabilidad es característico en materia de igualdad y de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre la primera, interesa aquí el aspecto referido a la igualdad en la aplicación de la ley por los tribunales al que ya se ha dedicado un espacio referido al «auto-precedente». Respecto a la tutela judicial, los recursos de amparo dirigidos a comprobar la congruencia, motivación, ausencia de error patente y razonabilidad de la resolución judicial han sido los más numerosos.

983 «conforme a lo dispuesto en el artículo 89.2.c) LJCA, cuando, como ocurre en este caso, el recurrente se queje en casación de la incongruencia omisiva de la sentencia que combate, haciendo pivotar sobre tal silencio jurisdiccional su pretensión ante el Tribunal Supremo, resulta legítimo exigirle que antes acredite, como presupuesto de procedibilidad, haber instado sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC», F.J. 3º», ATS de 1 de marzo de 2017 (Rec. núm. 88/2016).

984 STS de 1 de marzo de 2017 (RCUD núm. 2128/2015), F.J. 3º y 4º.

985 ROCA TRÍAS, E y AHUMADA RUIZ, M^aA, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma-Octubre2013* (www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/.../PONENCIA.pdf)

986 *Ut supra*, p. 9.

2. La congruencia de las sentencias. La relativización del principio rogatorio

A la vista de los más prolijos trabajos sobre la congruencia de las sentencias puede afirmarse que parecen existir, entre otros, dos problemas tradicionales sobre esta cuestión que no terminan de resolverse: 1. En relación con el objeto del proceso o pretensión procesal, qué elementos concretos conforman la causa de pedir, si sólo los hechos, aunque jurídicamente relevantes claro, o también los fundamentos jurídicos, cuestión esta referida al alcance del principio *iura novit curia*, y 2. Consecuencia inevitable de la primera, la delimitación de entre qué elementos concretos, en particular, objetivos, ha de existir correlación o adecuación para que se cumpla el deber de congruencia.

Algunos juristas, como PADURA, se han esforzado en delimitar las alegaciones fundamentales, tanto fácticas como jurídicas, de ambas partes. La mayoría en señalar los hechos identificadores de la causa de pedir y definir el brocardo, pero sin entrar en las excepciones de la demandada y, en consecuencia, obviando el análisis sobre cuándo y cuáles pueden ser desestimadas tácitamente y cuáles no, incurriendo la sentencia en defecto de exhaustividad, que no de incongruencia omisiva. En definitiva y con todo ello, para llegar a concretar los extremos de la pretensión y de la oposición alcanzados por el efecto la de cosa juzgada material cuando la sentencia adquiere firmeza, cuando no se ha subsanado el defecto de congruencia o el de exhaustividad,

Otro aspecto sobre el que parte de la doctrina científica no evoluciona tras la entrada en vigor de la LEC (arts. 215 y 218) es en tratar el defecto de exhaustividad al margen de la tipología del fenómeno de la incongruencia; distinción sobre la que se precisa analizar no sólo sus respectivos fundamentos y el derecho que con relevancia constitucional llegan a vulnerar uno y otro defecto, sino los distintos cauces procesales oportunos para remediar sendas patologías. Importa, en definitiva, observar cuando hay incongruencia y cuándo falta de exhaustividad no subsanada que producen los efectos de la cosa juzgada material, con el fin precisamente de eludirlos.

2.1. Concepto. El modelo teórico reservado a la congruencia como cualidad del pronunciamiento judicial. Un reflejo del principio dispositivo

Las diversas fórmulas que se han utilizado para definir o describir la congruencia, doctrinal y jurisprudencialmente, se han caracterizado por su vaguedad o inexactitud. Se ha considerado «la *adecuación* de la sentencia a las pretensiones de las partes, de manera que aquella dé cumplida respuesta a todas éstas, la *correlación* entre las peticiones de tutela y los pronunciamientos del fallo, y también la *armonía* entre lo solicitado y lo decidido». Pero aún reuniendo una sentencia estas cualidades puede no ser congruente, por lo que siguiendo la línea trazada por el Tribunal Supremo facilitaría su comprensión la vía negativa, el estudio de «cuándo una sentencia *no es* congruente»⁹⁸⁷.

PADURA ha subrayado y recopilado la disparidad doctrinal en este punto: GUASP la definió como «la conformidad que debe existir entre la *sentencia* y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso», SERRA DOMÍNGUEZ delimitó la

987 DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la congruencia de la sentencia civil», *Derecho y Proceso. Estudios jurídicos en honor del Prof. A. MARTINEZ BERNAL*, Universidad de Murcia, 1980, pp. 592-593.

incongruencia como la «falta de *adecuación* entre las *pretensiones de las partes* formuladas oportunamente y la *parte dispositiva* de la resolución judicial», PRIETO CASTRO como la *conformación de la sentencia al pedimento*, ARAGONESES ALONSO «principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional por el cual debe existir *identidad* entre lo *resuelto* y lo *controvertido*, oportunamente, por los litigantes, y en *relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional* por el ordenamiento jurídico» y ORTELLS RAMOS «correlación que debe existir entre la *pretensión procesal, otras peticiones y alegaciones de las partes* y la actividad decisoria o resolutoria que se plasma en la *sentencia*»⁹⁸⁸. Por su parte PADURA adelanta un concepto de congruencia en el que incluye las facetas de límite y exhaustividad «que consiste en el deber judicial de respuesta y respeto en los pronunciamientos de la sentencia a las peticiones y alegaciones fundamentales oportunamente deducidas por ambas partes». Entiende que el control de «congruencia/incongruencia de una sentencia -de sus pronunciamientos- habrá de atender al carácter fundamental o accesorio de las alegaciones de las partes y no tanto a la identificación de los elementos que “individualizan” la pretensión»⁹⁸⁹.

El desacuerdo reside en los elementos a comparar. Y atendiendo a los que corresponden a la actividad de las partes aún cabe la discrepancia entre considerar los elementos identificadores de la pretensión procesal o definir y reparar en que las alegaciones fundamentales de las partes, fácticas y jurídicas, coincidan o no con estos elementos.

De las Partidas, la III, la procesal, se basaba en que «el proceso es un drama entre tres personas, que sólo se inicia por una de las partes, de modo que ninguna persona puede ser obligada a demandar»⁹⁹⁰. Viene al caso su recuerdo puesto que el punto de partida para afrontar el estudio de la exigencia de congruencia a los tribunales a la hora de decidir las controversias en las sentencias es la libertad del sujeto para decidir la oportunidad de desencadenar la actividad jurisdiccional a través del proceso, cuyo inicio es dispuesto por el mismo. El estudio de este requisito y del de exhaustividad exige advertir primero los aspectos que realmente los justifican o, lo que es igual, su fundamento.

La delimitación de la actividad de los elementos subjetivos del proceso, las partes y el tribunal, y el papel del juez en la dirección del proceso mediatizado por los principios que lo gobiernan, llevan en el sistema jurisdiccional al respeto de la congruencia de la sentencia como uno de los obligados significados de alguno de estos principios. Nos referiremos al *principio dispositivo* también denominado, en ocasiones, de rogación o de justicia rogada.

El objeto de la tutela jurisdiccional que se otorga a través del proceso civil es un interés privado en general, no público, y su titular es el individuo, no la sociedad, y la distinta naturaleza de los intereses a tutelar judicialmente en conexión con el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada (art. 33) y a la libertad de empresa (art. 38) «en el marco de la economía de mercado» conforman un proceso civil basado en el principio de oportunidad del

988 PADURA BALLESTEROS, M^a T de, *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita...*, cit., pp. 25 y 26.

989 *Ut supra*, p. 26.

990 MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 18.

que derivan otros, en particular, el principio dispositivo⁹⁹¹. El individuo «atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses»⁹⁹².

Asimismo el ejercicio libre y eficaz de este derecho, que consiste en desencadenar la actividad jurisdiccional a través del proceso, exige el conocimiento previo de los concretos poderes de dirección que tras el nacimiento del proceso podrá desplegar el tribunal. Un aspecto se refiere a la dirección formal del proceso y a quién, si el letrado J y el juez o las partes, debe controlar los presupuestos procesales e impulsar el proceso (facultades procesales)⁹⁹³ y otro trata de establecer «quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del proceso», quien ha de aportar los hechos y las pruebas, cuestión a la que atiende el principio de aportación (facultades materiales de dirección)⁹⁹⁴.

Tradicionalmente confundidos los principios dispositivo y de aportación de parte, el primero ha de significar que la actividad jurisdiccional sólo se inicia a petición de parte, que el actor con su pretensión determina el objeto del proceso y el demandado con su resistencia el objeto de debate, que el tribunal ha de ser *congruente* con pretensión y resistencia, y que las partes disponen de sus intereses decidiendo no sólo el inicio de la actividad jurisdiccional sino también su fin⁹⁹⁵.

La LEC «positiviza el principio dispositivo»⁹⁹⁶ en su artículo 216, bajo la rúbrica *Principio de justicia rogada*. Dispone que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». Por lo que la congruencia no es sino una de las consecuencias de este principio y, al tiempo, el principio dispositivo el fundamento de la congruencia ya que «si se concede algo que no se ha pedido, ciertamente se lesiona el principio de audiencia, pero tanto si se concede como si se deniega -y entonces, de ordinario, no hay lesión del principio de audiencia-, hay resolución sobre una materia no suscitada por las partes, esto es, hay infracción del principio dispositivo»⁹⁹⁷. La doctrina lo ha clarificado en estos términos: «Aunque en ocasiones se ha referido la incongruencia al derecho de defensa o al principio de contradicción, debe tenerse en cuenta que aquélla no asegura que el juez se pronuncie sobre lo que las partes han tenido la oportunidad de debatir contradictoriamente, dada la existencia de cuestiones sobre las que el juez ha de decidir de oficio, tanto procesales (presupuestos procesales) como de fondo (fundamentos de derecho). La congruencia forma parte del principio dispositivo, es una de las consecuencias esenciales del mismo, y deriva de la naturaleza privada de los derechos subjetivos puestos en juego; si el juez pudiera pronunciarse sobre lo no pedido, hasta la

991 MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos...*, cit., pp. 60-63.

992 *Ut supra*, p. 61. Aunque MONTERO niega la autonomía del proceso de trabajo e insiste en su mera especialidad frente al civil, en este sentido mucho podría objetarse. Sólo los procesos de Seguridad Social que constituyen uno de los tres bloques principales que ocupan a los órganos jurisdiccionales del orden social, no encajan en este esquema.

993 *Ibidem*, p. 94.

994 *Ibidem*, p. 72.

995 *Ibidem*, p. 64. Sobre el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones (Arts. 19 a 22 LEC), véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 219-239.

996 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 113.

997 DE LA OLIVA SANTOS, A. y DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, pp. 415-416.

naturaleza privada de los derechos se vería en juego»⁹⁹⁸.

2.2. La pretensión como referencia primaria para el análisis de la congruencia

Actualmente la debida correlación se observa entre la actividad de las partes y la actividad del tribunal. La primera, a través de la pretensión con todos sus elementos: hechos constitutivos, petición y causa de pedir, así como sus posibles y legales modificaciones, y la resistencia a través de las excepciones materiales⁹⁹⁹. No obstante y con remisión al contenido del Capítulo II de este trabajo, sobre las *Sentencias de fondo*, donde se han delimitado la pretensión o el objeto del proceso y la resistencia o el objeto de debate¹⁰⁰⁰ téngase presente que la Jurisprudencia considera de orden publico procesal los hechos constitutivos, los impeditivos y los extintivos, así que sin oposición a los primeros por la demandada y sin alegación de esas defensas por la misma pueden ser apreciados en sentido negativo los constitutivos y positivo, los que hubieran servido a la oposición, de oficio y sin incurrir en incongruencia. La actividad del tribunal en la sentencia se amplía correlativamente a la causa de estimar o desestimar la demanda, lo que exige ir más allá del fallo y atender a su fundamentación¹⁰⁰¹.

A partir de ahí, puede utilizarse la STS de 3 de noviembre de 2016 (Rec. núm. 255/2015, F.J. 3º), que reitera la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la exigencia de congruencia en las sentencias. Se resume en los siguientes puntos y, en ellos, subrayamos la referencia primaria a la pretensión, pero también a la resistencia de la parte demandada:

- La congruencia puede definirse como un ajuste “sustancial” entre lo *pedido* y lo resuelto. Se plantea como una necesidad de correlación entre determinada actividad procesal de las partes, por un lado, y la actividad decisoria o resolutoria que el juez plasma en la sentencia, por otro.
- No exige del fallo «una conformidad literal y rígida con las *peticiones de las partes*, sino racional y flexible».
- El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la Sentencia y *el objeto del proceso*, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos *-partes-* y objetivos *-causa de pedir y petitum-*.
- La adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los *hechos y fundamentos jurídicos* que sustentan la *pretensión*.
- El órgano judicial pueda fundamentar su decisión en *argumentos jurídicos* distintos de los alegados por las partes.
- Conforme al principio *iura novit curia*, los Jueces y Tribunales no están obligados a ajustarse estrictamente a las *alegaciones de carácter jurídico* aducidas por las partes al motivar sus sentencias.

998 MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 430.

999 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 980.

1000 Páginas 201-214.

1001 *Ibidem*.

- Respecto a las alegaciones o argumentos aducidos por la parte para fundamentar sus peticiones, no es necesario dar una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva.
- Las «*auténticas pretensiones*», en razón a que cada una de ellas se convierte en una *causa de pedir*, exigen una respuesta concreta.
- El art. 24.1 CE no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada de todas y cada una de las *cuestiones planteadas*: si se resuelven global o genéricamente las *pretensiones*, responde a la *pretensión*, al *tema planteado* no existe incongruencia.
- Sólo la omisión o falta total de respuesta, vulnera la tutela judicial efectiva.

Lo cierto es que en la Resolución se utilizan expresiones absolutamente indeterminadas como: «*auténticas pretensiones*» o «*tema planteado*», que al final quedan al arbitrio judicial en la decisión del caso concreto.

2.3. La incongruencia

La doctrina constitucional acerca de la congruencia/incongruencia de las sentencias se forjó, como es bien conocido, a partir de la Sentencia 20/1982. El TC consideró apreciable este defecto cuando no hay ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, otorgando más, menos y/o algo distinto a lo solicitado, y con trascendencia constitucional sólo si vulnerado el principio de contradicción resulta lesionado el derecho fundamental a no sufrir indefensión, situación que se dará cuando el desajuste implique modificación de los términos del debate sin que se haya producido en relación con este nuevo objeto la necesaria posibilidad de alegaciones y prueba.

Esta formulación tan general ha precisado y sigue precisando prudentes matices pues son variados y a veces complejos los elementos implicados. El hecho de que a pesar de los términos utilizados por el TC -referidos tan sólo a la parte dispositiva de la sentencia- se vean necesariamente superados en muchos casos atendiendo a los antecedentes y fundamentos jurídicos de aquélla para realmente decidir si existe o no incongruencia, y que hablar de las pretensiones de las partes haga necesario incidir no sólo en la petición y causa de pedir del demandante sino en posibles pretensiones accesorias así como en la resistencia del demandado a través de las distintas excepciones opuestas y/o oponibles, ponen de manifiesto la complejidad de la cuestión.

La regulación legal actual sobre el requisito de congruencia de las sentencias –art. 218 LEC- destaca en particular por dos razones: insiste en distinguir de la congruencia la exhaustividad, lo que, como ya se ha expuesto, para muchos resulta innecesario¹⁰⁰² y detalla los términos de comparación para discernir la congruencia. Sin que esto signifique, como aclara DE LA OLIVA, que en el precepto se ofrezca «una exposición de todos los elementos que hacen congruente una sentencia ni una descripción de las características que presenta la sentencia incongruente, ni

1002 PECES MORATE, J. E., «La sentencia», en *Influencia de la Ley de enjuiciamiento civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 193.

mucho menos se pretende ofrecer un concepto de congruencia. Como en tantos otros preceptos, que dan por sentados conceptos, en el art. 218 LEC se *supone* el concepto de congruencia y las indicaciones que siguen a las tres notas que aparecen al inicio del precepto (claridad, precisión y congruencia) se recogen en él por ser éste el precepto de la LEC en el que se ha querido indicar el contenido material del juicio sobre el objeto del proceso»¹⁰⁰³.

A estas incertidumbres debe sumarse otro aspecto de suma actualidad. De la afirmación contenida en la STJUE –EDJ 2013/183455- sobre el principio de efectividad: «...se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Y, que, en caso de violación del principio de efectividad, corresponde al tribunal remitente interpretar, en la medida de lo posible, las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables. De no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida», la doctrina académica ha concluido que «si un tribunal tiene que resolver una cuestión litigiosa en la que tenga que aplicar disposiciones del Derecho de la Unión, no está sometido a la concreta petición que haya realizado la demandante, pudiendo de oficio otorgar algo diferente a lo solicitado en el suplico, siempre que se respeten los hechos alegados jurídicamente relevantes, y se garantice el derecho de defensa de las partes, para así lograr la eficacia del Derecho de la Unión»¹⁰⁰⁴.

Este criterio podría haber reforzado la justificación de las dos tan discutidas y comentadas Sentencias del TSJ País Vasco (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2016 (Recursos números 1690/2016 y 1872/2016, aplicación asunto «De Diego Porras») –citadas también en ese trabajo-. La Sala se auto-planteó la posibilidad de incurrir en incongruencia, para concluir en sentido negativo (F.J.7º) y esta cuestión no quedó tan clara a los ojos de todos.

2.3.1. Escenarios no patológicos de incongruencia. Las desestimaciones presuntas e implícitas

En la actualidad con el artículo 218 y la regla 4ª del 209: «El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, *aunque* la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas» de la LEC, tanto la estimación como la desestimación presunta, implícita o *tácita* de alguna de las pretensiones de las partes resulta no sólo desaconsejable, sino poco probable. El apartado tercero del art. 218 dispone que si son varios los puntos objeto del litigio, el tribunal emitirá de forma separada un pronunciamiento por cada uno de ellos, lo que a la vista de la regla cuarta del art. 209 se realizará de forma numerada en el fallo de la sentencia «*aunque* la

1003 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., pp. 400-401.

1004 PÉREZ CEBADERA, M.A., «La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad», *Revista de jurisprudencia*, número 2, 15 de abril de 2014 (www.revistadejurisprudencia.elderecho.com).

estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos».

Tradicionalmente y ante una pluralidad de pretensiones se ha considerado la omisión de pronunciamiento respecto a alguna o algunas, que no todas, como un tipo de incongruencia, la denominada omisiva o *ex silentio*. El respeto a esta tradición no impide no obstante situar este posible defecto de la sentencia en el ámbito del requisito de exhaustividad y ello tanto si se considera, éste, un requisito independiente aunque íntimamente relacionado con el de congruencia, como si la exigencia de exhaustividad se considera integrada en ésta. El TC vino admitiendo la posibilidad de un pronunciamiento desestimatorio implícito o tácito dentro de unos márgenes que a continuación exponemos y que configuran una consolidada doctrina constitucional a este respecto. De la STC 45/2003, FJ 2º *in fine*, (por todas) se pueden extraer sus notas principales:

- No toda ausencia de pronunciamiento expreso sobre las cuestiones planteadas por las partes produce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.
- Respecto a las alegaciones que fundamentan sus pretensiones, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas. Puede bastar una respuesta global o genérica al problema planteado.
- Respecto a las pretensiones (peticiones), se exige una respuesta expresa.
- Excepcionalmente, se admite la desestimación tácita de la pretensión, bajo dos condiciones: el conjunto de razonamientos de la resolución y las circunstancias concurrentes en el caso, permiten inferir razonablemente que el órgano jurisdiccional tuvo en cuenta la pretensión, la examinó y decidió desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso.

Este pronunciamiento constitucional y los demás que hasta la fecha pueden encontrarse traen su razón en actuaciones procesales anteriores a la entrada en vigor de la actual LEC, por lo que aún resultando dudosos ciertos casos se ha de tener presente que la posibilidad de solicitar el complemento de la sentencia cuando se «hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso» (art. 215 LEC) habrá reducido notoriamente los recursos de amparo deducidos por este motivo con el resultado apuntado, es decir, superando el control de constitucionalidad por incongruencia omisiva gracias a la apreciación de una desestimación tácita.

2.3.2. Escenarios patológicos de incongruencia. La incongruencia omisiva, la *infra petita*, la incongruencia extensiva o *ultra petita*, la incongruencia por error o *extra petita* y la mixta

La doctrina y la jurisprudencia han venido hablando de hasta cuatro tipos de incongruencia: *ultra*, *infra*, o *citra petita*, *extra petita* e incluso de incongruencia por error o mixta.

La incongruencia por *ultra petitum* o por exceso, se define en atención al *plus* que otorga el tribunal a la parte a quien concede «todo lo que pidió» porque le da más de lo pedido en el fallo

de la sentencia sin alterar la petición¹⁰⁰⁵. El exceso o plus causante de la incongruencia puede ser tanto cuantitativo como cualitativo.

La incongruencia por *infra petitum* no es tal realmente por el simple hecho de conceder menos de lo pedido, pues en principio es del todo congruente otorgar menos de lo pedido estimando totalmente o en parte la resistencia u oposición a tal pretensión. Sucede que la decisión judicial otorga menos de lo «aceptado» por la demandada. O en caso de acumulación de acciones, si se considera infundada la pretensión de alguna de ellas, aún sin oposición, y no se concede previo razonamiento, no se incurre en indefensión. Distinto sería el supuesto de que alguna de las pretensiones no fuera objeto de examen y pronunciamiento, en cuyo caso se produciría un defecto de exhaustividad o lo que tradicionalmente se ha denominado incongruencia por omisión de pronunciamiento¹⁰⁰⁶.

La incongruencia por *extra petitum* se considera el defecto de congruencia más difícil de delimitar.¹⁰⁰⁷ Es necesario para reconocer la incongruencia reparar en los distintos elementos de la pretensión procesal e identificar las alegaciones fácticas y jurídicas fundamentales para observar la adecuación de la sentencia a las mismas, además, claro está, del elemento subjetivo que ahora no tratamos de nuevo. Por lo que al *elemento fáctico* se refiere, el fallo habrá de basarse en hechos alegados por las partes para fundamentar su acción o excepción siempre que aquellos «integren el supuesto de hecho de la norma en que se basa la tutela solicitada»¹⁰⁰⁸. No sucede lo mismo con los hechos *accessorios* «que conduzcan a la afirmación o negación de hechos *fundamentales*» que podrían ser utilizados por el tribunal aún no habiéndose alegado por las partes sin incurrir en incongruencia. Debe aplicarse también la distinción entre hechos fundamentales y accesorios para observar la congruencia en relación con hechos admitidos por la contraparte de manera que «sólo es incongruente la sentencia que no parte de hechos admitidos que sean fundamentales, constitutivos de la acción o directamente subsumibles en el supuesto legal de la excepción»¹⁰⁰⁹.

La Sala Cuarta mantiene el significado otorgado por el TC a este defecto: «la denominada incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, de 10 de julio, 172/1994, de 7 de junio, 116/1995, de 17 de julio, 60/1996, de 15 de abril, y 98/1996, de 10 de junio, entre otras)» (STS de 28 de febrero de 2017 (RCUD. núm. 2698/2015), F.J. 3º.4). Y por tema no incluido, desde luego, debe entenderse también un fundamento o causa de pedir no invocado, tal y como se apreció en la STS de 24 de octubre

1005 DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la congruencia...», cit., p. 599.

1006 *Ut supra*, p. 600.

1007 DE LA OLIVA tras expresarse en estos términos «...es incongruente por *extra petitum* aquella sentencia que, si bien no omite ninguno de los pronunciamientos exigidos por los litigantes, ni otorga más de lo pedido, concede algo que no es precisamente lo que se ha pedido por alguna de las partes o bien hace declaración que no corresponde con las pretensiones deducidas por los litigantes.», califica esta delimitación de vaga y considera necesario analizar todos los elementos de la pretensión procesal, los subjetivos, fácticos y jurídicos de las partes. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la congruencia...», cit., p. 601-602.

1008 *Ut supra*, p. 604. Hechos «relevantes» o fundamentales a los que ORTELLS se refiere como «jurídicamente relevantes» y PADURA denomina «alegaciones fácticas fundamentales».

1009 *Ibidem*, pp. 605-606.

de 2014 (Rec. núm. 33/2014) dictada en conflicto colectivo en el que las actoras solicitaron la declaración de nulidad de ciertas medidas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo por causas económicas con varios fundamentos pero la AN estima la nulidad basándose en una causa de pedir –la irregular constitución de una comisión negociadora híbrida– que no había sido alegada por la actora ni cuestionada por las partes. Así que la Sala Cuarta concluyó que la Audiencia resolvió indebidamente de oficio sin respetar el objeto procesal fijado por las partes y que no es lo mismo pedir la nulidad por una causa que por otra, apreciando en la resolución de instancia incongruencia «extra petita» (F.J. 3º).

Incongruencia *por error* o *mixta*. El TC adoptó la denominación de incongruencia por error en su Sentencia 28/1987 y la ha apreciado en repetidas ocasiones¹⁰¹⁰. En todas ellas se observan supuestos en los «que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta». Así que puede decirse que la sentencia incurre en una doble incongruencia: por error y por omisión del pronunciamiento debido o defecto de exhaustividad.

Sin embargo algún sector de la doctrina, más tras la LEC 2000, considera sólo auténtica incongruencia a aquella que se produce por exceso. Así es para MONTERO que partiendo en general de la situación en que se sobrepasan «los límites que vienen marcados por las peticiones y las alegaciones de las partes» distingue dentro de ella dos tipos principales, la *ultra petitum* y la *extra petitum* y es en el requisito interno de exhaustividad de la sentencia donde sitúa la llamada incongruencia por defecto u omisiva¹⁰¹¹. Igual criterio mantiene PADURA y la denomina incongruencia por «desviación», en términos de SÁNCHEZ PEGO¹⁰¹².

Además, en la Jurisprudencia de la Sala Primera es frecuente encontrar la expresión «incongruencia interna». El desajuste se produce en la propia sentencia sin atender a la actividad de las partes. Son los casos en que el o los pronunciamientos de su parte dispositiva entran en contradicción con los razonamientos de la resolución. Se aprecia en el cotejo entre la motivación contenida en los fundamentos jurídicos y su fallo. En estas situaciones se infringen el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰¹³. Parece que se trata más de una inadecuada expresión utilizada por los letrados que de otra categoría de incongruencia. Así se desprende, por ejemplo, de la STS de 14 de febrero de 2017 (Rec. núm. 2850/2013), en cuyo F.J. 3º se recuerda que «la congruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC es la denominada «congruencia externa», es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Mientras que la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial

1010 SSTC 92/2003, 255/2007, 53/2009 y 152/2015, por citar algunas.

1011 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 974

1012 SÁNCHEZ PEGO, F.J., «La sentencia laboral de instancia y el principio de congruencia», *Actualidad laboral*, N° 2, 1992.

1013 BRUÑEN BARBERÁ, F.M., «Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F.) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 1132-1133.

efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria».

2.4. El defecto de exhaustividad o incongruencia omisiva

Creo no equivocarme al afirmar que de los diversos escenarios de incongruencia señalados, el más frecuente como objeto de denuncia a través de los recursos devolutivos y del recurso de amparo es la incongruencia por omisión. Ya se ha reparado reiteradamente en que con el tenor literal del art. 218 LEC y su rúbrica se distingue entre sentencia exhaustiva o «completa» en tanto que incluye todos los «pronunciamientos debidos» y sentencia incongruente. Bien, sin mayor repercusión práctica que la posibilidad de solicitar el complemento de sentencia, esta distinción implicaría dejar de concebir la omisión de pronunciamiento o incongruencia omisiva o *ex silentio* dentro de esa tipología y sustituir su denominación por defecto de exhaustividad. Sin embargo, la dificultad en absoluto radica en esta cuestión sino en contar con una mínima certeza sobre cuáles son esos «pronunciamientos debidos», sin confundirlos con los permitidos o con los indebidos¹⁰¹⁴. Los últimos, no obstante, nos llevarían a otros ámbitos de la congruencia.

El caso es que ni siquiera se puede hablar de unos pronunciamientos debidos comunes a cualquier sentencia, puesto que los matices varían según se trate de la sentencia dictada en la instancia o en el recurso devolutivo, y en el último caso, también puede marcar la distinción el recurso concreto que tratemos. Para despejar directamente la última incógnita, y por ahora, debe atenderse a la STC 147/2016. Es interesante comprobar en ella cómo la STS de 13 de enero de 2014 (RCUD núm. 430/2013) supera el reproche de incongruencia omisiva y, en consecuencia, el canon constitucional, por cuanto justifica en sus resoluciones por qué omite el pronunciamiento. No obstante su decisión de no entrar a enjuiciarlo partió de premisas erróneas y aunque con otra corrección constitucional se otorga el amparo. El Tribunal Constitucional tiene en cuenta que la Sala Cuarta en su Sentencia y posterior Auto justifica por qué excluye el tema «así que no cabe hablar propiamente de incongruencia» sino que «conforme a doctrina de este Tribunal Constitucional concretamente dictada en el ámbito de los recursos, este tipo de respuesta por la que el órgano judicial motiva el por qué no va a resolver sobre un punto planteado por una de las partes, no afecta al derecho a una resolución congruente, sino en realidad a otra faceta del mismo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la del derecho al recurso, entendido como derecho a obtener una resolución de fondo sobre las pretensiones deducidas en el mismo» (F.J. 3º). Añade a ello la Jurisprudencia de la propia Sala de lo Social en cuya virtud «pese a que hayamos de limitarnos al examen de las infracciones legales denunciadas, cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina que entendemos correcta, pues ‘superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas’, sino que ‘debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido’ ...; solución que no incurre en incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina: ‘Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores, siempre que resuelva el debate

1014 Clasificación que se toma prestada de PADURA BALLESTEROS, M.T., *Omisión de pronunciamiento...*, cit.

planteado en suplicación» (F.J. 5º).

Es de suma importancia aprovechar el trámite facultativo de impugnación del recurso devolutivo para poner de manifiesto que ciertas cuestiones sí fueron objeto de debate en la instancia, aunque creo que más propio sería recurrir la sentencia, a pesar de haber visto estimada la demanda (teoría del gravamen) cuando la petición ha contado con más de un fundamento o causa de pedir y la petición se concede argumentando tan sólo sobre uno de ellos, o cuando existen dos peticiones independientes pero conectadas a la misma relación jurídica que no se excluyen entre sí, por ejemplo. El defecto de exhaustividad o incongruencia por omisión sería patente. Aún más efectivo y menos costoso resultaría solicitar el complemento de la sentencia *ex art. 215 LEC*, pero, en todo caso y cautelarme, anunciar o preparar, el recurso en tiempo y forma.

La STS de 12 de junio de 2012 (RCUD núm. 1888/2011) que estimó el recurso del beneficiario ilustra el último ejemplo. La Sala apreció la omisión del pronunciamiento denunciada y, por tanto, incongruencia omisiva. Se solicitaba un grado de incapacidad permanente distinto y más severo al reconocido en vía administrativa por el INSS pero también se postulaba la declaración de contingencia profesional -accidente de trabajo- como causa inmediata de la contingencia protegida, incluso y subsidiariamente, para el caso de que se confirmara el grado reconocido. La Sala de Suplicación consideró que al no estimarse la petición principal debía de excluirse, sin más, el pronunciamiento de la subsidiaria. Sin embargo, como razonaba la Sala Cuarta: «cuando el trabajador interpone la reclamación previa frente a la resolución administrativa que le otorga la prestación de IPT por enfermedad común, solicita en realidad dos cosas distintas al mismo tiempo. La primera es que se declare que la contingencia de su situación es la de accidente de trabajo y la segunda, formulada como adición a la primera pero de manera diferenciada, que se determine que la incapacidad resultante era la absoluta para cualquier clase de trabajo» (F.J. 3º). Y es que de otro modo, el beneficiario se vería en la necesidad de entablar dos procesos distintos cuando en materia de acción protectora y en torno al derecho reconocido o no a una prestación, pero discutido, sólo cuenta con una oportunidad judicial.

2.4.1. Los pronunciamientos debidos en la sentencia

Debe partirse de que para hablar de pronunciamientos obligados primero han debido darse peticiones oportunamente planteadas. A estas alturas, vista y reiterada en distintas ocasiones la normativa procesal, la doctrina constitucional y jurisprudencial -y, en ocasiones, a pesar de ella- y la doctrina académica, puede afirmarse que en la sentencia constituyen pronunciamientos obligados, necesarios o debidos los siguientes:

- Son contenidos necesarios la estimación o desestimación de la cuestión o cuestiones –excepciones- procesales alegadas por la parte demandada. No puede predicarse lo mismo de las apreciables de oficio y no planteadas puesto que la necesaria correlación, a falta de petición, desaparece, sin perjuicio de que el órgano *ad quem*, si se le da oportunidad con el recurso devolutivo, pueda hacerlo y siendo el caso convierta el óbice procesal en el pronunciamiento nuclear que no debido de su sentencia. La estimación o desestimación de la petición o peticiones de la parte actora, una por una, y si ha habido además acumulación subjetiva de pretensiones o de procesos en relación con todos y cada uno de los litisconsortes activos. Así mismo, si se ha constituido un litisconsorcio pasivo la absolución y/o condena de cada uno de ellos, con sus posibles y/o necesarios matices. En sentencias declarativas/de condena, además

de la calificación o la declaración concreta, si es necesario por la estimación de la demanda, la condena o condenas expresas que incluyan todos los efectos jurídicos asociados por la norma a aquéllas. Si ha habido petición principal y subsidiaria en la demanda y se estima la principal, debe incluirse en la fundamentación de la sentencia la causa para decidir su estimación y sería conveniente incluir también argumentación en torno a la subsidiaria, aunque no siempre debe considerarse debida.

- También en el caso de una única petición con dos fundamentos, ambos deben ser atendidos y más aún cuando se conectan a una posible lesión de un derecho fundamental o una libertad pública. La STS de 17 de abril de 2013 (RCUD núm. 2350/2012) así lo afirmó con contundencia: «La protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal, de ahí que al titular del derecho invocado haya de dársele satisfacción mediante un análisis razonado de la afectación que sobre el mismo pueda tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la concreta decisión» (F.J. 2º). Y es que solicitada la declaración de nulidad por defectos de forma y por lesión de la garantía de indemnidad, la Sala de suplicación consideró que el despido nulo carecía de matices y era irrelevante que lo fuera por cuestiones formales o por vulneración de derechos fundamentales porque «no entra a analizar si la conducta empresarial es o no contraria al respeto del derecho fundamental que el actor invoca, pero lo hace razonando que carece de virtualidad el análisis porque, a su juicio, el resultado que se obtendría de acogerse el planteamiento del trabajador sería igual al ya alcanzado con el fallo de la sentencia de instancia». Sin embargo, la Sala Cuarta no casa la sentencia recurrida por omisión de pronunciamiento sino porque otorga en el caso concreto un mayor alcance al deber de motivar.
- La doctrina¹⁰¹⁵ aún hila más fino respecto a las consecuencias procesales del defecto de exhaustividad. Sólo constituiría lesión a la tutela judicial efectiva que justificaría el amparo del TC, la omisión de pronunciamiento sobre una petición de fondo de la actora que conlleva, además, falta de motivación, sin perjuicio de los recursos devolutivos. Omitirlo sobre una excepción material o procesal de la demandada llevaría al recurso ordinario o extraordinario devolutivo, estos últimos casos no encuentran su fundamento en el derecho a la jurisdicción sino en los principios dispositivo y de aportación de parte desde el punto de vista del demandado.

2.4.2. Delimitación entre incongruencia y defecto de motivación

En definitiva y por encima de las dudas que pueda entrañar la concreción del o de los defectos que se observen en la sentencia, es fundamental practicar un control directo por las partes a través de las correspondientes herramientas procesales: del complemento de la sentencia y de los recursos devolutivos. El TC y la Sala Cuarta excusan la denominación que erradamente pueda darse a la patología denunciada porque en ocasiones, creo yo, ni estos Altos Tribunales tienen certeza sobre ello. La falta de exhaustividad o la omisión de pronunciamientos debidos, la incongruencia, la ausencia o insuficiente motivación, la desestimación tácita o presunta, cualquiera de ellos, si no son combatidos adquirirán firmeza con la sentencia en que se integran y, en consecuencia, el

1015 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., pp. 975-978.

efecto de cosa juzgada.

La STS (Sala de lo Contencioso) de 7 de noviembre de 2016 (Rec. núm. 2655/2015) nos sirve como recordatorio, y para insistir en ello: «... el objeto del proceso lo determina la misma parte recurrente, al delimitar la actividad administrativa impugnada --la disposición general-- y las pretensiones (...) y ese contenido es el que ha de tenerse en cuenta a los efectos de delimitar el aspecto objetivo de la cosa juzgada (...) Firme la sentencia, debe estimarse que en ella se resuelven todas las pretensiones accionadas en el proceso, incluso cuando existiera incongruencia y esta no se hubiera subsanado, y ello como una manifestación del principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios de nuestro Derecho, como se declara en el artículo 9.3º de la Constitución (...) de manera escueta, pero clara y contraria a producir cualquier indefensión, el Tribunal justifica su decisión, con independencia del acierto que para la parte supusiera esa motivación, por que las mercantiles allí recurrentes consintieron la decisión judicial» (F.J.2º).

Sin embargo la delimitación entre incongruencia por omisión y defecto de motivación sin coincidir en todo caso, guarda una importante relación. Los pronunciamientos debidos se ubican en el fallo de la sentencia pero no sólo en este espacio. Como se ha comprobado las sentencias que contienen una desestimación tácita o presunta sin indicación precisa en la parte dispositiva de la resolución, han superado el canon de exhaustividad gracias a que en sus fundamentos jurídicos se localizaban los razonamientos o la argumentación en torno a la petición con la suficiencia necesaria como para no apreciar omisión de pronunciamiento y, ello, gracias a su motivación. Además una sentencia motivada bien puede ser incongruente si contrastamos el contenido de la justificación con la pretensión, con la resistencia y/o con su fallo. Es cierto que en estos casos el defecto de incongruencia será de otra índole, supra, infra, ultra *petita*, ya que tratándose de este defecto por error o extra inevitablemente adolecerá también de una tacha de exhaustividad o incongruencia *ex silentio*, lo que la convierte en mixta.

Ahora bien, podemos preguntarnos si cualquier incongruencia, sea del tipo que sea, implica o presupone un defecto de motivación, y no por capricho sino porque la sentencia que omite un pronunciamiento sin siquiera motivar sobre ello puede «repararse», al menos potencialmente, con el complemento de sentencia, mientras que si se trata de otra patología en el ámbito de la incongruencia el justiciable se verá irremediablemente en la necesidad de articular el recurso devolutivo. A la vista de diversas sentencias citadas y observadas en este trabajo parece que no, y de hecho en algunas de ellas se pone de manifiesto la puntualización de la Sala en torno a si nos encontramos ante un problema de incongruencia o de motivación. Así que la cuestión habrá de ser atender a qué se entiende por «defecto» en relación con la motivación. La respuesta está en cada caso, con lo que de poco o nada nos sirve a pesar del recorrido realizado por la doctrina constitucional. Pero al margen de su control de suficiencia lo deseable sería que cumpla su función inmediata, que las partes puedan identificar «el porqué» de la decisión. En muchas ocasiones los justiciables no comprenden nada en absoluto de la sentencia y ni siquiera las explicaciones de sus letrados o Graduados lo consiguen. Es cierto que la normativa aplicable puede entrañar una especial complejidad pero también lo es que muchas veces no llegan a asimilar los motivos que han llevado al juzgador a declarar unos hechos probados y otros no y, en consecuencia, a asignar una concreta interpretación a la norma. En definitiva que la razón para decidir se convierte en un definitivo enigma. Hay sentencias dictadas en la instancia con extensos fundamentos jurídicos que incluyen casi sólo fragmentos de otras sentencias y en apenas cinco líneas debe encontrarse la motivación fáctica y jurídica. Así que desde luego no es el tamaño de la justificación lo relevante

sino la localización y comprensión de la razón de decidir, y su argumentación.

3. Tensiones entre tutela judicial y seguridad jurídica. La cosa juzgada

El contenido objetivo plural de la seguridad jurídica incluye entre otros principios e instituciones el necesario respeto a la cosa juzgada, y éste es precisamente el único mecanismo que dota a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación de blindaje ante un posible, legal y necesario cambio en la interpretación y aplicación del Derecho operado por el Tribunal Constitucional o por el Tribunal Supremo respecto a otras personas que ante el mismo problema no lo entregaron a la tutela judicial.

El encargo a los tribunales tras someter los justiciables sus contiendas a ellos para que se les devuelva una solución, culmina en principio con la sentencia y ésta proyecta una serie de consecuencias principalmente para las partes, pero en ocasiones también para terceros. En la doctrina procesalista fue WACH¹⁰¹⁶ quien introdujo la distinción entre los distintos efectos de la sentencia, ya que hasta entonces todos ellos se atribuían a la cosa juzgada¹⁰¹⁷. Es habitual distinguir los efectos directos o principales y los efectos indirectos, secundarios, colaterales o reflejos. Los primeros, considerados como los verdaderos efectos jurídicos de la sentencia como acto imperativo, dependen de la estimación o no de la demanda y, en el primer caso, a su vez, del tipo de pretensión demandada: de condena, que conduce a la ejecutividad de la sentencia, meramente declarativa que únicamente ostenta los efectos de cosa juzgada y constitutiva, cuya modificación jurídica opera por la propia sentencia sin necesidad de tutela ejecutiva, salvo que en aquella se incluyan también condenas al cumplimiento de obligaciones¹⁰¹⁸. Los efectos indirectos derivan de la sentencia como hecho jurídico, supuesto de hecho que origina consecuencias jurídicas previstas en la norma. Estos efectos no han sido pretendidos por las partes, ni ordenados por el juzgador pero, por imperativo legal afectan a terceros, de ahí su calificación de reflejos¹⁰¹⁹.

Con todo, el análisis se dirige en exclusiva a la cosa juzgada material. A sus diversos efectos, a su alcance objetivo y subjetivo, a sus límites temporales y a la variante preclusiva de la carga de la alegación actora que introdujo el art. 400 de la LEC. Sin embargo, aún cuando se prioriza la seguridad jurídica frente a la verdad material la normativa procesal también incluye canales de salida para última. La cosa juzgada material no es inexpugnable. Además de sus limitaciones puede ser impugnada a través de tres mecanismos: 1. La revisión de las sentencias firmes, 2. La nulidad de actuaciones y 3. La Audiencia al rebelde.

3.1. Concepto de cosa juzgada

1016 ADOLF WACH (1843-1926).

1017 Para un recorrido sobre la evolución doctrinal de los efectos de la sentencia, véase ROSENDE VILLAR, C., «Efectos directos y reflejos de la sentencia», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3, 2001, Chile, pp. 490-493.

1018 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 476-477.

1019 *Ut supra*. Para un estudio detallado de los límites, contenidos y notas distintivas de ambas eficacias, véase ROSENDE VILLAR, C., «Efectos directos...», cit.

El art. 1252 del CC, único referente legal de este instituto durante largo tiempo, se vio reemplazado por la nueva y más completa regulación de los artículos 207.3 y 222 de la LEC dedicados a la cosa juzgada formal y material, respectivamente. En el último, se describen de forma expresa los dos efectos o funciones de la cosa juzgada material, el negativo o excluyente y el positivo, prejudicial o vinculante. No obstante, el examen de la casuística judicial demuestra que la problemática aplicativa en alguno de sus aspectos sigue sin resolverse. El extenso periodo transcurrido bajo tan pobre regulación legal se observaba por la doctrina académica con estas palabras: «Rehuyendo el alarde de erudición –especialmente temerario e inútil en temas como el de la cosa juzgada- y desechando toda pretensión de exhaustividad –vana pretensión que exigiría una casuística extenuante y nunca suficiente-...»¹⁰²⁰, «Casi todos los autores llamaban la atención, de forma un tanto quejumbrosa, sobre la parquedad normativa que durante tantos años se ha mantenido en materia tan importante (...). Algo de esta escasa regulación ha venido a suplirse en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, aunque, a mi juicio, todavía resulta insuficiente, pues muchos de los problemas que aquí se tratan permanecen exentos de previsión legal...»¹⁰²¹, «con anterioridad a la regulación dada por la Ley 1/2000, y ante la fragmentaria y extravagante (fuera o al margen de la ley procesal) regulación legal, el término “cosa juzgada” venía aplicándose, con una dosis de indefinición nada deseable, a conceptos procesales expresivos de realidades jurídicas diversas»¹⁰²².

Entre la variedad de conceptos de cosa juzgada elaborados por la doctrina destaca una diferencia que, al menos en el plano teórico, conviene mencionar. Algunos autores rechazan la tradicional distinción entre cosa juzgada formal y material. Denominan a la primera firmeza y la consideran un instituto autónomo aunque íntimamente relacionado con la cosa juzgada material. Para ellos, es esta última la propia o en sentido estricto cosa juzgada. La formal es un efecto procesal derivado de la preclusión y no tiene nada que ver con lo que en realidad significa la cosa juzgada¹⁰²³.

MONTERO AROCA -partidario de olvidar de una vez los distintos términos- ha definido la *res iudicata* como «la fuerza que el ordenamiento jurídico concede al resultado de la actividad jurisdiccional declarativa, fuerza que consiste en la subordinación a los resultados del proceso y que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial»¹⁰²⁴. ORTELLS RAMOS -en la misma línea sobre la distinción entre firmeza y cosa juzgada- propone este concepto: «Cosa juzgada es la cualidad de inmutable que ostenta la decisión contenida en una sentencia firme respecto de cualquier proceso posterior entre las mismas partes (u otras personas afectadas) y sobre el mismo objeto (pretensión procesal)»¹⁰²⁵. DE LA OLIVA, por el contrario, conviene en mantener ambas expresiones -cosa juzgada formal y cosa juzgada material- porque sostiene una distinción entre la primera y la firmeza sin identificarlas¹⁰²⁶. Proporciona el siguiente concepto:

1020 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 13.

1021 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 21-22.

1022 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudencia civil)*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 23.

1023 DAMIÁN MORENO, J., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares, Tecnos, Madrid, 2000, p. 119.

1024 MONTERO AROCA, J., «La cosa juzgada. Conceptos generales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, p. 69.

1025 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, cit., p. 600.

1026 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada...*, cit., pp.19-20. Asimismo en su excelente trabajo *Objeto*

«la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes (y, por tanto, pasadas en autoridad de cosa juzgada formal), consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, *en otros procesos*, a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos), respecto de precisos aspectos del contenido de esas resoluciones (de ordinario, sentencias)». MONTERO le refutó en estos términos: «De la Oliva entiende que si la palabra firmeza expresa la imposibilidad de revocar la resolución y de sustituirla por otra distinta, la expresión cosa juzgada formal hace referencia a algo añadido a la firmeza, algo que consiste en que la resolución tiene que ser respetada, en el sentido de la resolución tiene que ser efectiva, de que se ha de partir de lo dispuesto en ella, con su concreto contenido, en el proceso en que se ha dictado, para los sucesivos actos de ese mismo proceso. De esta manera la cosa juzgada formal comprende dos aspectos: uno negativo, de firmeza o inimpugnabilidad, y otro positivo, de obligado respeto del tribunal a lo dispuesto en la resolución, con la necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni proveer diversa o contrariamente a ello»¹⁰²⁷. Por su parte, PADURA se muestra conforme también con la disparidad «porque, aunque tenue o delicada, considero muy atinada la distinción entre el aspecto negativo del término «inimpugnabilidad» y el «positivo de cosa juzgada formal» que aporta DE LA OLIVA»¹⁰²⁸.

Pero la distinción realmente esencial en este aspecto acogida por la LEC, es la que advierte los efectos negativo y positivo de la cosa juzgada material. Se identifica el primero, el negativo o excluyente, con la máxima *non bis in idem* y el segundo, el positivo o prejudicial, con la fuerza vinculante de la sentencia en determinadas condiciones, operando ambos sobre el presupuesto de procesos distintos. Pueden predicarse también los dos efectos o funciones de la cosa juzgada formal. Evita que el tribunal se vuelva a plantear un punto o cuestión ya decidido con carácter firme en una resolución o en una resolución firme (función negativa) e impide que decida algo contrario o distinto a lo decidido ya en esa resolución (función positiva) o en otra pero dictada en el mismo proceso¹⁰²⁹.

Otras precisiones conceptuales relacionadas con la cosa juzgada también son de gran utilidad. Como se ha dicho, algunos autores se refieren siempre a firmeza y no a cosa juzgada formal -a pesar de que el propio artículo 207 LEC lo haga-. La firmeza es el efecto para las partes (para el tribunal lo sería la invariabilidad o inmodificabilidad de la resolución -aspecto esencial, junto con la tutela cautelar y ejecutiva, de la efectividad de la tutela judicial-). En consecuencia, la invariabilidad no es un efecto de la firmeza -y la nulidad de actuaciones y la aclaración de sentencias se desconectan de aquella-, sino que se basa en la perfección del acto procesal.

del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 99-103.

1027 MONTERO AROCA, J., «La cosa juzgada...», cit., pp. 67-109.

1028 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia*,..., cit., p. 22.

1029 PADURA BALLESTEROS, M^a T., «Cosa juzgada formal y cosa juzgada material de las resoluciones sobre cuestiones procesales», *Tribunales de Justicia*, nº 1, 1999, p. 64. Comentando una sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo dictada en recurso de casación para unificación de doctrina insiste en que una cosa son las clases de cosa juzgada, la formal y material, y otra los efectos o funciones, negativo y positivo, que pueden desplegar ambas clases, no solo la cosa juzgada material y esto porque la Sala se refiere a la material tratándose del mismo proceso, de corregir el defecto de un segundo enjuiciamiento sobre un extremo dentro del mismo proceso y por tanto, en este caso de imponer la operativa de las funciones negativa y positiva de la cosa juzgada formal. Lo mismo sucede en el voto particular de la STC 39/2003, que al tratar las funciones de la cosa juzgada se comentará.

La firmeza de la resolución se produce por varias causas: no cabe recurso o no se utiliza, se desiste o, al incumplir un requisito, aquél se declara desierto o inadmisibles. Por tanto es paso previo y condición necesaria para la cosa juzgada. Primero para la formal por cuanto ésta es efecto de la firmeza y segundo, de la material porque precisa antes la cosa juzgada formal de esa sentencia. Defienden la firmeza como un todo, de modo que en sentencias referidas a un proceso con una única pretensión-resistencia opera igualmente aunque haya pronunciamientos parciales.

Ahora bien, en este aspecto debe observarse que en el proceso en que se acumulan pretensiones la impugnación de la sentencia no tiene por qué evitar la firmeza de alguno de sus pronunciamientos, por lo que la invariabilidad de éstos se traduce en que el tribunal *ad quem* no puede alterar los no impugnados por las partes y, por tanto, firmes, alteración ésta que producida se diagnostica como incongruencia. La razón estriba en que, sin perjuicio de la congruencia y exhaustividad que debe respetar la Sala al resolver el recurso devolutivo, puede apreciar de oficio algunas cuestiones procesales que posibilitarían la declaración de nulidad de la sentencia dictada en la instancia, con lo que esos posibles pronunciamientos no cuestionados por las partes, y en principio firmes en ocasiones desaparecerían con la decisión de nulidad de la resolución que los contiene. Otra posibilidad es que la nulidad de la sentencia decidida por el tribunal superior sea parcial, caso en el que concreta qué pronunciamientos mantienen su firmeza.

Tampoco es lo mismo firmeza que ejecutoriedad en relación con las sentencias por dos razones. Por una parte es posible su ejecución provisional, por otra, en ocasiones hay que esperar para ejecutar sentencias firmes, tal y como sucede con las condenas de futuro. Para la firmeza el contenido de la sentencia firme es indiferente. Puede afirmarse que la firmeza de la sentencia se encuadra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, mientras que la cosa juzgada casa con el derecho mismo a la jurisdicción. Aunque su amparo se fundamenta en el art. 24.1 de la CE, realmente es el art. 117 el que constitucionaliza este instituto, se trata de la propia esencia de la jurisdicción.

Asimismo la litispendencia se configura como instituto preventivo y tutelar de la posible y ulterior cosa juzgada material a través de su efecto excluyente. Para que opere se exige legal y jurisprudencialmente del mismo modo una perfecta identidad entre los elementos de los procesos a comparar. No se asigna, por tanto, a la litispendencia, el efecto positivo o vinculante derivado de la necesaria conexión puesto que el proceso pendiente que posibilita la litispendencia no cuenta con sentencia firme y en consecuencia tampoco con cosa juzgada material. Sobre la distinción y relación entre ambos conceptos puede citarse como referente la STS de 5 de julio de 2006 (RCUD núm. 1681/2005). La Sala Cuarta hizo un replanteamiento sobre la cuestión: «En primer lugar el efecto de cosa juzgada opera sobre la base de una situación jurídica ya dada en la realidad histórica -que no se puede desconocer- en virtud de una sentencia que es firme. Ello no sucede cuando se alega la litispendencia, basada precisamente en la tramitación de un proceso anterior, todavía no llegado a término. En segundo lugar, la función del instituto de cosa juzgada es doble pues –amén del efecto negativo o excluyente– cabe el efecto positivo o prejudicial cuando no hay identidad absoluta de los elementos de la pretensión pero sí hay una parcial identidad en el objeto de uno y otro proceso. Ello no cabe en la litispendencia, según se ha visto, conforme a la interpretación jurisprudencial de este instituto jurídico, que exige la identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos» (F.J. 4º).

3.1.1. Fundamento: la seguridad jurídica

Mientras para un sector doctrinal¹⁰³⁰ la cosa juzgada obedece a meras razones de oportunidad sin que de suyo sea una institución necesaria, para otros es el elemento esencial sin el cual no cabe hablar de Jurisdicción. Pues bien, con pleno acuerdo con DE LA OLIVA entiendo -y es muy importante no perderlo de vista para cuando nos cuestionemos la cosa juzgada de las sentencias procesales- que el fundamento de la cosa juzgada no es otro que la *seguridad jurídica* y no la corrección o incorrección del fallo judicial. Es a la seguridad y a la paz jurídica a las que sirve la vinculación que «impide que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente en el tiempo o que se produzcan resoluciones contradictorias»¹⁰³¹. El valor de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3. CE «debe conducir a que cuando las relaciones jurídicas se convierten en litigiosas, en algún momento la decisión sobre ellas ha de ser inmutable»¹⁰³².

Si se considera la seguridad jurídica como una dimensión de la justicia, en concreto, integrada en la justicia formal y procedimental¹⁰³³ y no como punto y término en tensión «insoluble» con ésta¹⁰³⁴, es fácil observar el objetivo del principio de cosa juzgada y de otros institutos. El respeto y la garantía del Ordenamiento en la aplicación e interpretación del Derecho pasa por la limitación a través de estos principios del arbitrio judicial en conflictos donde las normas aplicables presentan lagunas, oscuridades o precisan ser concretadas¹⁰³⁵, y puede decirse también que en cualquier conflicto puesto que a través de la cosa juzgada se garantiza realmente en relación con las sentencias su «corrección procesal formal». Esta idea ha sido expresada en los siguientes términos: «de la misma manera que el Estado impone la verdad procesal formal sobre la verdad material, igualmente protege y da validez absoluta a las decisiones firmes y definitivas, cualquiera que sea su contenido. El Estado, por razones prácticas muy comprensibles, ha colocado el valor de la seguridad jurídica por encima del de la legalidad y, por supuesto, del de la justicia»¹⁰³⁶.

El coste que supone para la justicia sobre la verdad material, escasamente se atenúa con la posibilidad legal de revisión de las sentencias firmes. Se considera que la cosa juzgada es «una categoría lógica necesaria en todo ordenamiento jurídico»¹⁰³⁷ como manifestación de la seguridad jurídica en cuanto certidumbre sobre la finalización de los pleitos, vinculación de lo en ellos resuelto para otros tribunales e imposibilidad de volver a ser objeto de nueva decisión judicial cuando se de la necesaria identidad o conexión. Inevitable resulta también que la sentencia con fuerza de cosa juzgada sea en ocasiones injusta por razones sustantivas y/o procesales que no se supieron o pudieron remediar antes de adquirir aquella fuerza, y el ordenamiento, lejos de ignorar

1030 CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Reus, Madrid, 1995.

1031 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada...*, cit., 32.

1032 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal Civil*, cit., pp. 600-601.

1033 PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Derecho y Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 279.

1034 PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, cit., p. 112.

1035 PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Derecho...*, cit., pp. 290-291.

1036 NIETO, A., *El arbitrio...*, cit., p. 274.

1037 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras», *Tribunales de Justicia*, nº2, 1998, p. 131. Lo mismo en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 526.

esta realidad, excepciona el principio de *inmodificabilidad, invariabilidad, intangibilidad o inmutabilidad* de las sentencias en sus pronunciamientos, exigido por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, articulando instituciones que posibilitan el ataque frente a las resoluciones firmes. Se trata de la audiencia al rebelde, del incidente de nulidad de actuaciones y de la revisión de sentencias firmes. El amparo constitucional determina también nulidades pero a diferencia de las anteriores sí corrige injusticias materiales.

Con unas se logra su rescisión, con otras su nulidad. Recordemos: «Lo rescindible es inicialmente válido, si bien su eficacia puede ser enervada; mientras que lo nulo es *ab initio* ineficaz y sólo deviene eficaz si la causa de nulidad no es declarada»¹⁰³⁸, pero en todo caso por causa de su injusticia procesal, nunca sustantiva y ello a pesar de que su objetivo persiga la verdad material.

3.1.2. Las identidades exigidas y el ámbito de la cosa juzgada

El texto del apartado primero del art. 222 LEC sobre la eficacia excluyente de la cosa juzgada material se presenta en principio claro: niega un ulterior proceso *cuyo objeto sea idéntico*. Debe compararse lo juzgado en el proceso culminado con sentencia firme y el objeto del nuevo proceso incoado. Este análisis debe contar con que lo juzgado no siempre coincide con lo que fuera objeto de ese proceso por dos razones. Por una parte la sentencia firme e inamovible pudo ser incongruente; por otra, en aplicación del art. 400.2 LEC la cosa juzgada quizás alcance a una o varias causas de pedir deducibles y no deducidas en ese proceso con lo que en atención a ese «objeto virtual» puede alcanzarse la identidad más allá de lo que revelen los documentos.

Al margen de estas dos situaciones, observar un objeto idéntico pasa por las siguientes exigencias: el pronunciamiento firme debe ser uno de los posibles a la petición que en el nuevo proceso se plantea, las partes procesales han de coincidir -aunque no asuman en el segundo proceso la misma posición procesal, contexto este bastante frecuente en ciertos litigios de naturaleza colectiva, como el conflicto colectivo, la impugnación de un convenio colectivo o sobre tutela del derecho a la libertad sindical-, y la causa de pedir en ambos procesos también ha de ser la misma.

La aparente simplicidad de estas exigencias no es, sin embargo, más que fachada. Si se profundiza en el último elemento indicado del objeto procesal, la causa de pedir y más en concreto si nos detenemos en su vertiente jurídica, la aplicación del efecto excluyente puede complicarse, como se verá después. No es el caso de los hechos, puesto que los jurídicamente relevantes que dan contenido a esa causa de pedir se alegan oportunamente o no y son relevantes jurídicamente o no lo son.

En ocasiones, sin embargo, pueden oscurecer el diagnóstico de cosa juzgada algunos hechos litigiosos, pero no por causa de su naturaleza o clasificación, sino por haber resultado incontrovertidos o ajenos al debate procesal en el primer proceso, pudiendo *a posteriori* fundamentar otra acción.

1038 DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 527.

3.2. Efectos de la cosa juzgada

Es clásica y bien conocida la distinción entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal, como lo son los efectos o funciones negativa o excluyente y positiva o prejudicial asignados a la primera, la material -hoy con respaldo legal evidente-. Sin embargo, existen justificadas razones no sólo normativas para afirmar la doble función que también la cosa juzgada formal cumple en la actividad jurisdiccional.

Resulta indudable que los efectos de la cosa juzgada material se refieren tan sólo a las sentencias firmes y también que su apreciación implica el cotejo de dos procesos y, por tanto, el diálogo entre lo resuelto en el primero y el objeto del segundo. Pero la distinción entre firmeza y cosa juzgada formal sin perjuicio de su conexión permite señalar posibles incidencias sobre ciertas garantías procesales inherentes al derecho fundamental que pueden repercutir en el acceso al amparo constitucional.

3.2.1. El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada formal

La LEC contempla la cosa juzgada formal en estos términos: «Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.» (art. 207.3) y, reiterando en parte, «Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.» (art. 207.4). La función negativa que también cumple y se deduce del texto legal consiste en «impedir que se replantee, en el proceso en que ha ecaído una resolución firme, la cuestión resuelta en ella» como viene sucediendo en ocasiones bajo el pretexto de la aclaración de sentencias. Su función positiva se traduce en «obligar al tribunal que dicta la resolución con autoridad de cosa juzgada a obrar, en el propio proceso, conforme a lo decidido en esa resolución.»¹⁰³⁹, cuestión esta que se fiscaliza en el proceso de ejecución. Pero además, la expresión el «tribunal del proceso» debe acoger la posibilidad de que sean varios, al menos dos si no tres los órganos jurisdiccionales que intervienen en el mismo proceso si las partes acceden a los recursos devolutivos. Así que ambos efectos vinculan también a estos tribunales *ad quem* de manera que no pueden replantearse los extremos que las partes no han impugnado, deben respetar esas decisiones firmes.

Cuando en un proceso se acumulan pretensiones y con el recurso frente a la sentencia de instancia no se impugnan alguno de sus pronunciamientos ni se articulan motivos por quebrantamiento de forma ni errores de hecho sino sólo infracciones jurídicas que atañen al fondo, aquel pronunciamiento que ha dejado de ser objeto de debate adquiere firmeza y puede predicarse de esta resolución el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada formal de forma parcial para impedir que el tribunal superior se replantee esta cuestión ya resuelta.

Nuestros tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional observan y controlan esta garantía desde el deber de congruencia. El requisito en el recurso devolutivo alcanza no sólo a su cumplimiento por el tribunal inferior en relación con la pretensión y con la defensa sino al propio tribunal superior respecto a la resolución de los motivos del recurso. Este fue el caso de la STC

1039 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., pp. 489-490.

39/2003¹⁰⁴⁰ en el que se calificó de incongruente el fallo de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que estimando el recurso de suplicación revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social recurrida, absolviendo a la parte demandada de la reclamación objeto de la *litis* cuando esta parte no discutió en su recurso una de las pretensiones del actor que también resultó estimada en la sentencia de instancia.

En esta sentencia concurrió un Voto Particular en el que el magistrado disidente consideró que «la revocación de la Sentencia de instancia en dicho incontrovertido extremo concierne más a los efectos excluyentes de la cosa juzgada material que a una modalidad de incongruencia que no le conviene en puridad». Pero obsérvese, cuando de la tradicional distinción entre efectos o funciones excluyente o negativo y positivo o prejudicial se trata, se olvida la consideración de la cosa juzgada formal y los propios efectos que de ella derivan, calificándose de material la cosa juzgada formal –como si sólo a la primera pudieran asociarse estos efectos-. En litigios como éste se confunden ya que se trata del mismo proceso.

El TC denegó el amparo solicitado precisamente por observar incongruencia *extra petitum*, en realidad como el recurrente en amparo aunque éste la calificó como omisiva, y observar, en consecuencia, la concurrencia de un óbice procesal insubsanable cual fue no intentar, con carácter previo al amparo, ver reparada la lesión de su derecho a través del incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOPJ). Lo curioso es que el criterio del Voto hubiese llevado a conceder el amparo al observar vulneración de los efectos de la cosa juzgada y no del deber de congruencia porque así no sería exigible la formulación del incidente de nulidad para «reparar la indudable y clara indefensión material derivada de la improcedente revocación llevada a cabo por la Sala de suplicación». Y decimos curioso porque no vemos con claridad porqué no encajaría este supuesto en los «defectos de forma que hubieran causado indefensión (...) siempre que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que (...) la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida» *ex* entonces art. 240.3 LOPJ, que hubiera exigido igualmente con carácter previo al amparo la formulación del incidente de nulidad.

Parece que la errada utilización del término cosa juzgada material cuando realmente se trata de la formal por operar en el mismo proceso se ha debido a negar o no considerar el efecto excluyente de la última, probablemente porque la norma sólo lo describe para la material. La Sala Cuarta sí lo consideraba incluso antes de la LEC¹⁰⁴¹. Se denunció ante el Alto Tribunal la contradicción en que incurrían dos sentencias de la misma Sala de lo Social del TSJ dictadas sobre la misma cuestión, la competencia de la jurisdicción española, en el mismo proceso y por tanto en relación con las mismas partes y sobre idéntica pretensión, y considerando aquél que no cabe mayor contradicción, entra a conocer del recurso. En el mismo proceso, al resolver un primer recurso de suplicación, la Sala había declarado la competencia de la jurisdicción social española para conocer del asunto, desestimando así la excepción de falta de jurisdicción que en la instancia estimó el juzgado de lo social y adquiriendo firmeza su sentencia, pero tras estimar la demanda el juzgado y recurrir ahora en suplicación la demandada la sentencia de fondo, la Sala, de oficio, declara todo lo contrario, niega la competencia de la jurisdicción social española.

1040 Comentada por SEMPERE NAVARRO, A.V., «Recursos frente a sentencias de suplicación incongruentes», *Aranzadi Social* num. 22/2003, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

1041 STS de 27 de enero de 1998 (RCUD núm. 1956/1997).

Pues bien, el dato distintivo entre cosa juzgada formal y material es que se trate del mismo o distinto proceso y a este respecto los razonamientos de la Sala merecen ser destacados: «1. Efecto de la sentencia firme es su inimpugnabilidad, de modo que, frente a ella, en los términos del art. 245.3 LOPJ, no cabe «recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la Ley». Este efecto preclusivo de la sentencia dentro del mismo proceso y que actúa como su cierre definitivo —es decir, la llamada cosa juzgada formal de la sentencia— ha sido vulnerado en el presente asunto, en cuanto la cuestión sobre la competencia del juez y Tribunales españoles para conocer de la pretensión litigiosa, quedó, definitivamente zanjada por la sentencia de 20 de abril de 1995, que adquirió firmeza al no haber sido impugnada por las partes y este carácter vedaba a la Sala de lo Social conocer *ex novo* sobre la misma cuestión, que había devenido ya, firme; carácter de firmeza que impedía su nuevo debate y resolución del mismo proceso.» (F.J. 3º).

Sin embargo, a continuación y en el mismo fundamento, razonaba que considera también infringido por la sentencia recurrida el principio de cosa juzgada material olvidando que tal consideración exige la existencia de un segundo proceso que en este caso no se produjo. Quizás porque como sospechaba PADURA¹⁰⁴² le resulta «insuficiente, a la hora de excluir segundos enjuiciamientos, el concepto de cosa juzgada formal» e identifica «*non bis in idem* o función negativa de la cosa juzgada» con «cosa juzgada material». O simplemente porque los tribunales no acaban de asumir que la cosa juzgada formal, sin duda en un mismo proceso, despliega también los efectos negativo y positivo como se viene reiterando, lo que vincula no sólo al propio órgano que dictó la resolución sino a cualesquiera otros que intervengan en el mismo proceso. Hasta aquí las sentencias utilizadas son lejanas en el tiempo, pero de nuevo recientemente la Sala Cuarta¹⁰⁴³ ha debido de «salvar» otra situación similar. En el mismo proceso de despido, el mismo ponente de la Sala de suplicación estimó caducidad de la acción cuando en su anterior sentencia, que por nulidad de la de instancia ordenó retracción de actuaciones, había desestimado la pretendida caducidad.

3.2.2. El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material

Los dos efectos o funciones de la cosa juzgada material están expresamente enunciados y descritos en el 222 LEC. Con la función negativa o excluyente (art. 222.1 LEC) las sentencias firmes estimatorias o desestimatorias excluirán un posterior proceso con idéntico objeto al de aquél en que se dictó la primera sentencia; es decir, se trata del tradicional aforismo *non bis in idem*. Por su parte la función positiva o prejudicial (art. 222. 4 LEC), a la que se da gran importancia en la actualidad, ha de significar que el juez del segundo proceso se debe atener a lo ya juzgado cuando lo que ha de resolver sea una relación o situación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. Aquí la cosa juzgada sirve de base para la nueva decisión y no pueden exigirse las identidades de la función negativa.

A pesar de su aparente claridad no debe olvidarse que se ha de comparar el objeto del proceso posterior «con el objeto *virtual* del proceso anterior, que es el objeto de la cosa juzgada. Porque la cosa juzgada puede extenderse, como hemos visto, a elementos fácticos y jurídicos no sometidos

1042 PADURA BALLESTEROS, M.T., «Cosa juzgada formal y cosa juzgada material de las resoluciones sobre cuestiones procesales (TS 4ª S 27 enero 1998)», *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, N° 6, LA LEY, Madrid, 1999, p. 64.

1043 STS de 4 de abril de 2017 (RCUD núm. 1069/2015).

por las partes a la consideración y decisión judicial y, de hecho, no juzgados»¹⁰⁴⁴. Es decir, para que opere el efecto excluyente es necesario, en principio que exista identidad entre los sujetos, el objeto y la causa de pedir, sin embargo una causa de pedir distinta, manteniendo la identidad los otros elementos no excluiría forzosamente el efecto de la cosa juzgada en un proceso posterior en virtud de este llamado «objeto virtual del proceso» expresión concebida tras la cláusula preclusiva del art. 400 LEC que acompaña a la carga de la alegación.

Cuestión distinta es el planteamiento de si una nueva normativa determina una causa de pedir distinta y evita, por tanto, el efecto excluyente de la cosa juzgada pudiendo obtenerse para las mismas partes y en relación con los mismos hechos un pronunciamiento distinto y contrario al que con carácter firme se produjo con anterioridad o, en otros términos, si una nueva norma jurídica en relación con los mismos hechos, y en determinadas condiciones, limita temporalmente el efecto negativo de la cosa juzgada, excluye su indefinición, o como entendía GUASP «más que ante un límite temporal de la cosa juzgada nos encontramos ante un supuesto de modificación de las circunstancias porque no depende de un lapso de tiempo sino de que varíen las circunstancias que dieron origen a la sentencia firme»¹⁰⁴⁵.

Pues bien sin intención de obviar las tradicionales tesis doctrinales de la individualización y de la sustanciación en relación con la causa de pedir, es indudable que la LEC, a pesar de que en su artículo 222.2 sólo se refiere a hechos, incluye en la causa de pedir además de éstos, los títulos jurídicos tal y como se comprueba en sus artículos 218.1. 2º (al referirse a la congruencia de la sentencia): «El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer,...» y 400 (en relación con el «objeto virtual» del proceso): «1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos (...). 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

Siendo así, parece fácil concluir que la nueva normativa en relación con unos mismos hechos, al margen del principio de irretroactividad, limitaría la eficacia excluyente de la cosa juzgada material impidiendo que prosperase como excepción en un ulterior proceso. Tal fue el asunto resuelto por la STSJ del País Vasco¹⁰⁴⁶ de 5 febrero 2002 en el que la empresa demandada en conflicto colectivo opuso la excepción frente a la solicitud de nulidad de una cláusula salarial incluida en los contratos a tiempo parcial tras la entrada en vigor del nuevo apartado 6 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores cuando antes de esta nueva normativa se había planteado el mismo conflicto que culminó con acuerdo entre las partes reflejado en acta de conciliación judicial por el que se mantenía la cláusula impugnada. La Sala decidió que la excepción no podía prosperar porque al variar la causa de pedir y no darse la identidad necesaria, no desplegaba su efecto negativo la pretendida cosa juzgada.

1044 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 519.

1045 Como recuerda PÉREZ MORALES, M.G. en su trabajo «Improcedencia de cosa juzgada en dos ejemplos: ser distinta la causa petendi; y no ser antecedente lógico del proceso ulterior lo resuelto en el primero», *Aranzadi Social* nº 6/2002, p. 30., que utilizaremos de guía a este punto.

1046 Comentada en el trabajo *supra* indicado.

3.2.3. El efecto positivo, prejudicial o vinculante de la cosa juzgada material

La función positiva entraña conexión y vinculación y no identidad y exclusión. Comporta comparar con un primer proceso finalizado con resolución firme, otro u otros cuyos objetos son distintos en tanto que no idénticos y sí conexos, pero donde «el tribunal de ese proceso posterior, en el caso de que formen parte del asunto que ha de resolver elementos ya discernidos o decididos en sentencia firme anterior recaída *respecto de los mismos sujetos*, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola, por el contrario, como indiscutible punto de partida»¹⁰⁴⁷. La necesaria o innecesaria identidad del elemento subjetivo no ha sido una cuestión pacífica, pero la actual redacción del apartado 4 del art. 222 «...siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal», excluye categóricamente cualquier otro parecer.

El apartado 4 del art. 222 se refiere a la vinculación de lo resuelto con carácter firme cuando esto aparezca como «antecedente lógico» del objeto de un proceso posterior, es decir, habrá de formar parte de la causa de pedir de este último¹⁰⁴⁸. «El nuevo objeto procesal, parcialmente idéntico o conexo con el que se juzgó anteriormente, depende o se ve condicionado por el anterior resuelto»¹⁰⁴⁹. Esta función pretende evitar que «dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entra en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, ésta ha sido ya resuelta en un proceso anterior»¹⁰⁵⁰.

La explicación que precede delimita con bastante claridad qué se entiende por objetos conexos o mejor por «conexión necesaria» para que la función prejudicial de la cosa juzgada opere. O hay una identidad parcial entre ambos objetos o «lo ya resuelto constituye, en sí mismo, un presupuesto, antecedente o prejuicio respecto de lo que ha de resolverse»¹⁰⁵¹. Sin embargo se encuentran en la doctrina¹⁰⁵² otras interpretaciones: «En este sentido, el único elemento que hemos de tomar en consideración para determinar el grado de vinculación, es el fallo. Las declaraciones acerca de los hechos contenidas en las resoluciones judiciales no pasan en autoridad de cosa juzgada. Los hechos, en tanto son afirmados, sirven sólo para fundar la pretensión oportunamente deducida. El resto de las conclusiones a las que ha llegado el juez en la sentencia respecto de los hechos afirmados por cada una de las partes no tienen valor en sí mismos y, consiguientemente, carecen de suficiente grado de certeza como para permitir a un segundo juez partir de dichos pronunciamientos».

Antes de regularse esta función-efecto el TC la aplicaba superando el único precepto con el que contaba sobre el instituto de la cosa juzgada, el art. 1252 del Código Civil. La Sentencia 151/2001, y todas las Sentencias en ella citadas, lo evidencia: «Este efecto no sólo puede producirse con el

1047 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., pp. 489-490.

1048 «Se vuelve aquí a la teoría de la “prejudicialidad lógica” o prejudicialidad interna, que supone un nexo lógico entre una relación jurídica y un efecto suyo, es una relación de interdependencia tal que impone la coordinación de las decisiones.» TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., pp. 214-215.

1049 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 208.

1050 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 1268.

1051 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 520.

1052 DAMIÁN MORENO, J., *La nueva Ley...*, cit., p. 121.

desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (art. 1252 CC); también se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia (...) se trata de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla» (F.J. 3º).

La misma doctrina se aplicaba por la Sala de lo Social del TS, y hace ya años destacó la importante dimensión de esta función en los procesos sociales: «Ese efecto positivo de la cosa juzgada, dada su fuerza vinculante, obliga a todo juzgador a apreciar de oficio su existencia en todas las resoluciones que adopte, sin necesidad de que sea excepcionado (...). Apreciación de oficio que, si cabe, es más apropiada “en el proceso laboral donde normalmente se plantean cuestiones repetitivas que derivan de una relación de tracto sucesivo y no sería coherente que por falta de alegación o prueba en un segundo pleito se pudieran hacer pronunciamientos distintos a lo ya determinado en una sentencia anterior”»¹⁰⁵³. Esta realidad dio lugar a obras doctrinales en torno a ella¹⁰⁵⁴ donde se practicaba un análisis jurisprudencial sobre las materias más recurrentes al respecto en el derecho individual del trabajo, el derecho de la Seguridad Social y la recíproca vinculación entre procesos de conflicto colectivo y demandas individuales.

Cuándo *lo resuelto* es antecedente lógico de lo que se ha de resolver y qué ha de entenderse por *antecedente lógico* de forma clara y uniforme aportan la clave para su aplicación. Quizás quien se ha expresado con mayor nitidez sobre ello ha sido DE LA OLIVA: «“lo resuelto” indica que el “antecedente lógico” no puede ser cualquier enjuiciamiento o resolución del primer proceso (o incluida en la primera sentencia) que haya ganado firmeza, sino sólo aquello que sea susceptible de considerarse claramente comprendido en el objeto (aunque sea virtual) del primer proceso»¹⁰⁵⁵, pero la duda seguirá suscitándose y serán los tribunales quienes decidan y justifiquen su decisión, salvo que, como ocurre en ocasiones la norma disponga este efecto en relación con controversias concretas.

3.3. Ámbito objetivo

El párrafo primero del art. 222.2 LEC regula su ámbito objetivo: «La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley». Sin duda éste es el aspecto -incluso tras la LEC- más problemático y dudoso en relación con esta institución. Por esta razón resulta útil y clarificador, como se ha sugerido¹⁰⁵⁶, atender a dos puntualizaciones antes de concretar qué comprende objetivamente la cosa juzgada o qué significa «lo juzgado». Una llama la atención sobre la reiterada Doctrina del Tribunal Supremo, según la que «la cosa juzgada se forma sobre la parte dispositiva de la sentencia, y no sobre sus fundamentos». La otra, ya señalada, destaca que «lo juzgado» no siempre coincide con el objeto del proceso, pues aunque el deber de congruencia

1053 STS de 6 de junio de 2006 (RCUD núm. 1234/2005), F.J. 6º

1054 VICENTE PALACIO, A., *El Efecto Positivo de la Cosa Juzgada en el Proceso Laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

1055 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso...*, cit., p. 269.

1056 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 142.

impone al tribunal que resuelva sobre los límites del objeto litigioso fijado por las partes, la sentencia incongruente que adquiere firmeza provoca su inmodificabilidad -a salvo claro, de que concluya remediada por el amparo constitucional, o por una extraordinaria revisión de sentencias firmes-, resultando que objeto del proceso y objeto de la cosa juzgada no coinciden.

Habitualmente los estudios sobre este instituto siguen parecido itinerario. Analizan el efecto de la cosa juzgada de las sentencias firmes meramente procesales y de las que se dictan en los procesos sumarios, materia la última que pierde interés en relación con el proceso de trabajo puesto que, a pesar de la calificación de sumarios que reciben en la LJS algunas de las modalidades procesales en ella reguladas, en ningún caso esa distinción se traduce, como en ciertos juicios civiles, en una limitación de la cognición judicial sobre su objeto procesal, la cosa juzgada y las cuestiones lógicas o prejudiciales, la cosa juzgada y los fundamentos de la sentencia, la cosa juzgada y las defensas de fondo o excepciones materiales de la parte demandada y las llamadas «excepciones reconventionales» así como los límites temporales de la cosa juzgada. Recorrido éste que se sigue a continuación.

3.3.1. La cosa juzgada y las sentencias procesales

El art. 11.3) de la LOPJ manda a los Juzgados y Tribunales resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen limitando su desestimación por motivos formales a defectos insubsanables o que no se subsanen por el procedimiento legalmente establecido. El art. 414. 1 de la LEC regula la audiencia previa al juicio con la finalidad, entre otras, de «examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste (del proceso) y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto». Por su parte la LJS, en sus arts. 81 y 85 -y según reiterada doctrina del TC- impone al letrado J y al tribunal la obligación de auspiciar, en cualquier momento del proceso, la subsanación de toda cuestión procesal que impida la sentencia de fondo, remedio que no habiéndose propiciado en el trámite de admisión de la demanda, obligaría al juzgador a declarar la nulidad de lo actuado (art. 227.2 LEC) retrotrayendo las actuaciones a aquél trámite para su subsanación.

A pesar de ello, en muchas ocasiones de forma innecesaria se siguen produciendo sentencias de las llamadas procesales o absolutorias en la instancia. Y es que aunque «Las leyes tienden a evitar que esto llegue a suceder (...). Ahora bien, su posibilidad es algo que no puede desconocerse, y a ella se refiere expresamente la LEC, por ejemplo en el art. 745»¹⁰⁵⁷. Que esta circunstancia llegue a ser excepcional o sumamente rara es uno de los objetivos primordiales en el perfeccionamiento de la Administración de Justicia, y su consecución habrá de pasar quizás por la mentalización de los jueces y magistrados sobre el fracaso que para ellos supone el acabar emitiendo una sentencia que no resuelve el fondo de la litis. Se descuida el uso de herramientas procesales que las normas rituarías ponen a disposición de los tribunales no como meras facultades sino como auténticas obligaciones o cargas, previstas precisamente a tal fin: la subsanación de cuestiones procesales que impiden la emisión de una sentencia resolutoria del fondo. Situación distinta, claro está, es la actitud apática que puede adoptar la parte ante el requerimiento del tribunal, cuestión que escapa al control de éste.

1057 MONTERO AROCA, J., y OTROS, *El nuevo proceso...*, cit., pp. 415-416.

No existe alusión ni precepto legal alguno que otorgue efecto de cosa juzgada a las resoluciones que ponen fin al proceso sin resolver su objeto, la cuestión de fondo, y del contenido de los números 1 «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias...» y 4 «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada...vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto...», ambos del art. 222, se puede concluir que la cosa juzgada material es el efecto que producen las sentencias firmes sobre el fondo¹⁰⁵⁸. Por tanto, y en principio, no habría por qué otorgarles esta fuerza. No obstante esta cuestión ha sido y sigue siendo controvertida dejando, claro está, al margen la razonable unanimidad existente en relación con la posibilidad de iniciar un nuevo proceso para obtener pronunciamiento sobre la cuestión de fondo que aún no se ha resuelto. El debate concierne a si en el segundo proceso el tribunal está vinculado por lo decidido en el primero sobre la cuestión procesal concreta, lo que ciñe la discusión al posible juego del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, por cuanto también pudiera considerarse que el tribunal del segundo proceso no encontrase el óbice procesal que encontró el del primero entrando a resolver el fondo ante idéntico planteamiento de la acción ejercitada -o constitución de la relación jurídico-procesal-. La doctrina de la Sala Cuarta, a este respecto, es la expresada en su STS de 6 de junio de 2006 (RCUD núm. 1234/2005), F.J. 7º:

- Sólo las resoluciones de fondo son aquellas a las que está preordenada -en principio- la cosa juzgada, pues solamente respecto de las mismas adquieren pleno sentido las funciones -negativa y positiva- que son propias de la institución.
- Es en los procesos de declaración en los que precisamente tiene virtualidad la referencia a lo ya juzgado, siempre naturalmente que se haya decidido, lo que sólo ocurre cuando la sentencia entra a resolver el fondo del asunto suscitado por las partes.
- Exclusivamente con referencia a esa sentencia cabrá excluir otra decisión o habrá de decidirse en coherencia con ella, pues es realidad evidente que únicamente puede haber cosa juzgada si se ha juzgado.
- La doctrina se inclina por reconocer eficacia de cosa juzgada a las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso, pero en el bien entendido de que si las sentencias procesales se pronuncian sólo sobre la falta de un presupuesto procesal, a tal extremo se limita la producción de cosa juzgada [no puede existir cosa juzgada sobre lo que no ha sido juzgado], de modo que si el presupuesto procesal tampoco concurre en el segundo proceso, es decir, si el defecto no ha sido corregido, la cosa juzgada impedirá un segundo pronunciamiento en ese punto.
- Si el defecto ha sido corregido, porque podía serlo, nada impide la entrada en el fondo del asunto en el segundo proceso, siendo así que en él no podrá alegarse la cosa juzgada al no concurrir las identidades objetivas.
- El hecho de que la primera resolución no entre a conocer la cuestión de fondo por la falta de cualquier presupuesto procesal determina que tal sentencia no pueda llegar a ser nunca «contradictoria» con la que - superado el obstáculo de procedimiento- resuelva la cuestión material en litigio; por definición.

1058 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 148.

A pesar de la oportunidad y utilidad de la Sentencia en el presente trabajo, no puede pasarse por alto un dato con el que no se comparte el criterio de la Sala. En el conflicto en cuestión la resolución dictada con anterioridad apreció la excepción de falta de legitimación activa y absolvió en la instancia a los demandados, lo que descalifica como sentencia de fondo, y la falta de acción o de legitimación activa *ad causam*, que se trató entre las excepciones impeditivas por insubsanables en el Capítulo II, se defienden como sentencias que resuelven el fondo de la cuestión litigiosa. La misma doctrina unificadora es aplicada por una Sala de suplicación¹⁰⁵⁹ pero en este caso para negar el efecto excluyente de la cosa juzgada porque la sentencia firme del proceso anterior había estimado la excepción de inadecuación de procedimiento sin resolver el fondo de la cuestión litigiosa.

Lo cierto es que partiendo de que la sentencia meramente procesal ha de ser inusitada -sustentada únicamente en la insubsanabilidad de la cuestión procesal o en la desatención injustificada del actor al requerimiento de subsanación-, la situación a resolver se presentaría tan sólo cuando articulado -y fracasado- o no el recurso devolutivo frente a esa sentencia, la parte actora no hubiese perdido el derecho a la acción judicial por caducidad e insistiese en reiterarla en los mismos términos que originariamente, es decir, sin «subsananar» el defecto o cuestión procesal observado en el primer proceso.

Las opiniones doctrinales varían. DE LA OLIVA considera que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, entra a examinar el posible defecto procesal con la única finalidad de decidir si puede y debe entrar a resolver sobre el fondo y actuar en consecuencia, razón por la cual concluye que la decisión sobre el óbice procesal no tiene porqué vincular a otro órgano jurisdiccional que libremente podría entender lo contrario, excepción hecha de los presupuestos procesales referidos a jurisdicción y competencia para los que sí propone el efecto de cosa juzgada. Sus reflexiones, claro que hace más de dos décadas, se expresaban como sigue: «pienso hoy que debiera existir una excepción a la falta de cosa juzgada de las resoluciones firmes sobre presupuestos procesales, excepción que constituirían ciertos juicios definitivos de los órganos jurisdiccionales sobre la *jurisdicción* e incluso sobre la *competencia objetiva*. Parece de todo punto inconveniente que posea fuerza vinculante, en cualquier caso, la decisión judicial firme de abstenerse de conocer, por no tener jurisdicción por razón de la materia (ser el asunto laboral y no civil, o a la inversa), pues la resolución no recurrida de un Juzgado de Primera Instancia no debe, sin más, vincular a un Juzgado de lo Social, o a la inversa. Pero, por otra parte, hay que pensar en resoluciones firmes que pueden recaer sin provocar conflicto –ni positivo ni negativo- y también en aquellas resoluciones que decidan el conflicto, a las que no parece descabellado otorgar fuerza de cosa juzgada. Asimismo, merece la pena tener en cuenta también los casos en que, por ejemplo, se plantee, de oficio o a instancia de parte, la falta de la denominada *competencia internacional* en proceso con elementos de extranjería cuando el tribunal estima que ni él ni *ningún otro tribunal de ese Estado* debe juzgar el caso que se le quiere someter en la demanda»¹⁰⁶⁰.

MONTERO que hace años no encontraba razones que justifiquen la limitación de la irrevocabilidad a las decisiones judiciales de fondo, puesto que juicio o tema decidido, también

1059 STSJ Madrid, de 24 de febrero de 2012 (Rec. núm. 5546/2011).

1060 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 42.

existe en las de naturaleza procesal: «Juicio, esto es, tema decidido, existe en los dos casos»¹⁰⁶¹, es tajante en que la cosa juzgada material es exclusiva de las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto¹⁰⁶². TAPIA insiste en que el art. 222 LEC no se refiere en absoluto a la posibilidad de que produzcan tal fuerza las sentencias procesales¹⁰⁶³ y PADURA distingue entre los casos en que «el análisis del presupuesto (u óbice) procesal *depende* de la acción que se ejercita» y aquellos otros en los que «bien el presupuesto procesal es completamente independiente de la pretensión o, siendo dependiente, aquélla no se altera». Considera que «el *carácter incidental* con el que se resuelven estas cuestiones sirve para excluir la cosa juzgada en su función negativa pero no positiva» mostrándose partidaria de que el juez del segundo proceso se vea vinculado por el pronunciamiento sobre los requisitos procesales del primer pronunciamiento. A su parecer, la necesaria seguridad jurídica que se consigue con la irrevocabilidad de las decisiones judiciales se ha de apreciar tanto en resoluciones de fondo como procesales¹⁰⁶⁴.

Ahora bien, si se acepta el carácter vinculante de la sentencia sobre la cuestión procesal que decidió al tribunal a dejar sin resolver el fondo, habrá que suponer que tal resolución ganó firmeza sin haberse subsanado aquélla, situación ésta que presupone que el actor no fue requerido para subsanar, no atendió el requerimiento de subsanación sin más, o que se resistió a atenderlo discutiendo con el correspondiente recurso su pertinencia, recurso que tampoco prosperó. En los dos últimos casos un segundo proceso donde se plantea la acción sin la subsanación requerida podría no ser posible, puesto que se estaría dando una segunda oportunidad a quien desafió de una u otra forma el requerimiento judicial.

Se afirma que sólo puede haber cosa juzgada si se ha juzgado, si la sentencia resuelve sobre el fondo, para excluir otra o para que se decida después en coherencia con la primera. Pero en opinión de MONTERO, como se ha adelantado *supra*, también en las sentencias meramente procesales o «de absolución en la instancia» bien entendido que respecto al presupuesto o impedimento procesal observado que acaba adquiriendo firmeza, y ello por razones de seguridad jurídica. Por el contrario ORTELLS, al referirse a estas sentencias como «Resoluciones de terminación del proceso por falta de presupuestos procesales o por impedimentos procesales», opina que no producen cosa juzgada, simple y llanamente porque «con los artículos 222.1 y 2 y 421 LEC la cosa juzgada se produce sobre el objeto del proceso, sobre la pretensión procesal propuesta en la demanda o en la reconvencción, y los presupuestos e impedimentos procesales no son objeto del proceso en sentido estricto, sino requisitos para la admisibilidad del pronunciamiento sobre ese objeto»¹⁰⁶⁵.

Ante esta diversidad de criterios -no tan dispares, pues casi todos relativizan la cuestión- quizá lo más prudente sea clasificar las posibles sentencias procesales -siempre insistiendo en que sólo algunas, escasas, encuentran hoy justificación legal si se utilizan los mecanismos de subsanación como obligación legal impuesta al tribunal-. Es posible así, en relación con el proceso de trabajo, distinguir sentencias «procesales puras», considerando tales aquéllas que en aplicación de un

1061 MONTERO AROCA, J., «La cosa juzgada. Conceptos generales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, p. 82.

1062 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 1264.

1063 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 148.

1064 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia...*, cit., pp. 202 y ss.

1065 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., p. 604.

precepto legal, y sin necesidad de resolver aspectos que pudieran incidir en otros procesos en torno al elemento de la relación jurídico-procesal configurado de forma incorrecta, impiden al juzgador decidir sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Supuestos estos, por otra parte, que en la mayoría de los casos habrían de haber llevado al tribunal a propiciar su subsanación para emitir al fin la sentencia de fondo. Sirven de ejemplo las que no resuelven el fondo por defecto o ausencia de conciliación o reclamación administrativas previas, por acumulación indebida de acciones, por inadecuación de procedimiento o por falta de capacidad procesal subsanable en las partes procesales (si fuera absoluta, para cualquier proceso).

Las otras, que denominaremos sentencias «procesales no puras», coinciden con las primeras por cuanto no resuelven la petición del objeto procesal por causa de alguna cuestión procesal que la sentencia justifica se lo impide, pero, no obstante, sí incluyen un pronunciamiento razonado jurídicamente que implica al elemento en cuestión causante de la imposibilidad de resolver el fondo de la cuestión litigiosa -o decisión sobre la petición o acción afirmada en el proceso- y que, por tanto, podría incidir o vincular en la decisión de otro proceso. Se trata de sentencias en las que, para apreciar la cuestión procesal que impide la decisión sobre el *petitum*, es preciso dar una *calificación jurídica sobre un estado de cosas* que posteriormente puede ser aplicable en otro proceso puesto que permanece en el tiempo. Este sería de forma clara el caso de la sentencia que aprecia cosa juzgada material o litispendencia, pero también el de aquellas en que se decide la falta de legitimación activa y en consecuencia de acción, o una falta de litisconsorcio pasivo necesario puesto que, sea legal o no, incluye un pronunciamiento -«cauteladamente precipitado»- sobre la legitimación pasiva de sujetos no demandados en el proceso -al margen de su condena o absolución futura-, también las que no atienden la petición por considerarse el tribunal incompetente objetivamente para resolver cuando de la laboralidad o no de la relación obligatoria que vincula o vinculaba a las partes se trata.

Precisamente en el último supuesto señalado -frecuente en el proceso social- se hace imprescindible, cuando la petición no es precisamente lograr la declaración de laboralidad de la relación obligatoria, emitir con carácter previo a la decisión de la petición articulada, un pronunciamiento de fondo en respuesta a la defensa de la demandada que niega exactamente el hecho constitutivo del objeto procesal -la naturaleza de la relación obligatoria-. Pero como esa resistencia suele presentarse formalmente como «excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia», y su estimación o desestimación se expresa como la de una excepción procesal que, en el segundo caso lleva al Juzgado de lo Social a decidir no pronunciarse sobre la petición concreta o acción afirmada, acaba engrosando el conjunto de sentencias procesales o de absolución en la instancia. Repárese en que incluso quienes niegan el efecto vinculante de la cosa juzgada material a este tipo de sentencias, dejan a salvo los pronunciamientos relativos a jurisdicción y competencia; y, precisamente, la hipótesis que manejamos se refiere a la competencia objetiva de los tribunales sociales, si bien considerando de forma contundente que no pueden ser sino éstos los competentes para decidir sobre la debatida laboralidad de cualquier relación obligatoria, sea en respuesta a la petición procesal o como cuestión prejudicial para decidir sobre ésta.

3.3.2. La cosa juzgada y las cuestiones lógicas o prejudiciales

Este tema, como los dos que siguen -la cosa juzgada y los fundamentos de la sentencia y la cosa juzgada y las excepciones opuestas por el demandado- se encuentra en íntima conexión con

la naturaleza que se atribuya a la cosa juzgada material. Desechada la concepción civilista como «Presunción de verdad», las dos teorías tradicionalmente en pugna se han descrito así¹⁰⁶⁶: «La teoría jurídico-material de la cosa juzgada viene a consistir en entender que el viejo aforismo *res iudicata ius facit inter partes* (literalmente, “la cosa juzgada hace el derecho entre las partes”) expresa, con los términos “*ius facit*”, que la realidad jurídica (la “materia” jurídica: de ahí el adjetivo “jurídico-material”) es configurada, reformada o creada en virtud de la sentencia con fuerza de cosa juzgada material (...) la tesis que nos ocupa sostiene algo diferente, a saber: que las cosas *son* o que *se convierten* en lo que los tribunales dicen que son. (...).

Según la *teoría jurídico-procesal de la cosa juzgada*, la sentencia firme sobre el fondo no afecta, de ordinario, a la realidad jurídica y se limita a producir una *vinculación* –la negativa o excluyente y la positiva o prejudicial, según los casos- *de los tribunales que, posteriormente, pudieran entrar en relación con la materia* sobre la que recayó la sentencia de un proceso anterior.

La teoría jurídico-procesal,..., es hoy la dominante. La sentencia firme no modifica, de ordinario, la realidad jurídica material sobre la que se pronuncia, que sigue siendo la que era. La sentencia injusta o errónea es posible, sólo que la seguridad y la paz jurídicas exigen la vinculación ya referida». De la última debe partirse para resolver los problemas sobre su tratamiento procesal y el ámbito objetivo y temporal de su regulación, además, con ella se justifica las clases de pretensiones y que su ámbito subjetivo se limite a las partes porque la declaración de voluntad de la sentencia se refiere a ellas¹⁰⁶⁷. La LEC la concibe «conforme a la mejor técnica jurídica, como un instituto de naturaleza procesal, dirigida a impedir la indebida repetición de litigios»¹⁰⁶⁸.

Pues bien, las cuestiones prejudiciales han sido definidas como «aquellos puntos, antecedente lógico de la cuestión principal o final del juicio, relativos a voluntades concretas de la ley, que podrían ser objeto de un juicio autónomo y que, de plantearse en ese juicio autónomo, darían lugar a cosa juzgada»¹⁰⁶⁹. La LEC no se refiere a esta temática ni en los preceptos dedicados a la cosa juzgada ni en la regulación de «De las cuestiones prejudiciales» (arts.40-43) y, una vez más, sin perjuicio de distintas posiciones doctrinales más o menos enfrentadas, será, como apunta TAPIA, la atención a ciertas condiciones la que determine el alcance o no del efecto de cosa juzgada a estas «cuestiones lógicas o prejudiciales» en cada caso. Las condiciones se refieren a la competencia y jurisdicción del tribunal que conoce de ellas así como al procedimiento, que habrá de ser el adecuado, también a la legitimación de las partes en relación con la cuestión y al modo en que se ha planteado la cuestión y su prueba por las partes, de manera que se acabe resolviendo en la sentencia tras una efectiva contradicción y defensa «y con razonable profundidad, y no de una forma sumaria y marginal»¹⁰⁷⁰.

Este contexto suele -y desde luego debe- darse en el proceso de trabajo cuando se hacen objeto de debate cuestiones como la legitimación activa, la pasiva -inmersa o no en la discusión sobre un posible litisconsorcio pasivo necesario- o la laboralidad de la relación obligatoria, así como sobre el objeto colectivo o plural, jurídico o de intereses para decidir la adecuación del procedimiento

1066 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., pp. 490-492.

1067 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 1264.

1068 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 163.

1069 Por CHIOVENDA en: *Ut supra*, p. 164.

1070 *Ibidem*, p. 166.

de conflicto colectivo incoado. Por ello, como decíamos, a pesar de presentarse formalmente en el juicio oral por la parte demandada como excepciones procesales y, asimismo, encabezar el fallo de la sentencia bajo esa denominación, no debe negarse a la decisión que sobre ellas se emite la fuerza positiva o vinculante de la cosa juzgada material.

Según estos criterios, pero en sentido contrario, no operaría el efecto en el hipotético caso de que en un pleito civil la demandada articulase en su defensa la laboralidad de la relación obligatoria para negar la competencia objetiva del juzgado de primera instancia, emitiendo éste un pronunciamiento desestimatorio, situación ésta que no vincularía al juzgado de lo social para el caso de que el actor le plantease posteriormente su pretensión de laboralidad.

3.3.3. La cosa juzgada y los fundamentos de la sentencia

Siendo «imprescindible» en la actividad jurisdiccional decisoria motivar debidamente las sentencias justificando individual y conjuntamente la valoración que a los resultados de los medios de prueba practicados en el proceso se ha otorgado para concluir en los hechos probados, además de aportar una rigurosa justificación jurídica, es evidente que en este punto se enfatiza con la doctrina que mantiene -con las debidas precisiones- que la cosa juzgada alcanza a los fundamentos -tanto fácticos como jurídicos- de la sentencia, pues en ellos se localizan también los pronunciamientos. La cosa juzgada no sólo comprende la *conclusión* o parte dispositiva de esta resolución. Como señalara la doctrina¹⁰⁷¹: «Gran parte del problema deriva de no distinguir convenientemente, cuando se aborda esta materia, entre *causa petendi*, excepciones del demandado, y cuestiones prejudiciales en sentido estricto. También se peca de confusión cuando se alude a la *existencia* (en el sentido de nacimiento), *validez*, y *eficacia* de la obligación o relación jurídica, como si merecieran idéntico tratamiento (desde el punto de vista de la exhaustividad y de la cosa juzgada). De otro lado, es imprescindible diferenciar -cosa que tampoco se hace- entre motivación fáctica, jurídica y pronunciamientos en la fundamentación de la sentencia que, aunque lógicamente sean *razón* del fallo, no por eso pierden la naturaleza de *pronunciamiento*».

Está claro que el pronunciamiento-s de la sentencia contenido en su parte dispositiva se adopta tomando como base directamente determinados elementos fácticos y jurídicos que no se incluyen en este lugar de la sentencia: «si lo que es jurisdiccionalmente juzgado y declarado de ese modo y con tal relación causal respecto de lo resuelto, no estuviese comprendido en la cosa juzgada, nos quedaríamos con la simple parte dispositiva de la sentencia que poco o casi nada indica»¹⁰⁷². Ahora bien no todas las cuestiones fácticas y jurídicas que preceden expresamente al fallo en la sentencia son siempre elementos inmediateamente causales de la decisión ni «cuestiones prejudiciales necesarias lógicamente para la resolución final» que sí deben comprenderse en la cosa juzgada.

Suelen añadirse también otras argumentaciones que «no pasan *per se* en cosa juzgada, ya sea porque se trate de declaraciones “de paso”, no cuestionadas ni debatidas en el proceso; ya sea porque, aun cuestionadas y debatidas, son cuestiones prejudiciales heterogéneas o técnicas, sin relación de medio a fin o de causa a efecto con la declaración contenida en la sentencia, esto

1071 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia...*, cit., pp. 121-122.

1072 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 507.

es, sin que constituyan propiamente la causa de pedir de la acción ejercitada»¹⁰⁷³. La distinción entre la *ratio decidendi* y el/los *obiter dicta* contenidos en la sentencia es esencial, sin perjuicio de que algunas sentencias, en más de una ocasión incongruentes, dificultan su diferenciación, y ello aunque donde más se maneja la distinción es para fiscalizar el juicio de contradicción en la unificación de doctrina social.

Es por tanto la causa de pedir el punto de partida para concluir en cualquier sentido. PADURA razona su opinión con detenimiento partiendo de *la carga de la alegación*. Si el actor no alega y prueba los hechos constitutivos de una obligación, el demandado no tendría interés alguno en negar nada y el tribunal no podrá pronunciarse sobre su existencia ni «a los solos efectos prejudiciales». Para ser congruente deberá dictar sentencia desestimatoria y «no podrá tener lugar un segundo proceso sobre la existencia de la obligación, pero no porque haya existido cosa juzgada, sino por la preclusión –que es cosa distinta, aunque ya sabemos que con la LEC vigente la única forma de hacer operativa la preclusión es alegando “cosa juzgada”–»¹⁰⁷⁴. No obstante si a pesar de la no alegación de la causa de pedir, incongruentemente el tribunal se pronuncia «no es un fundamento *obiter dicta*» sino también «directo y causal del fallo» con la misma fuerza de cosa juzgada, en su caso, que si en el propio fallo se incurriera en la incongruencia.

Si hay alegación de la causa de pedir habrá juicio y pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de aquélla, y aunque este pronunciamiento se sitúe en la *fundamentación* equivale a una *declaración de hechos probados* que pasa en autoridad de cosa juzgada. Si «se admite que la causa de pedir *expresa debe* ser resuelta por exigencias de exhaustividad y que esta decisión es un *pronunciamiento expreso* que, aunque sito en la fundamentación de la sentencia, produce efectos de cosa juzgada» no hay necesidad de inventar *peticiones implícitas*¹⁰⁷⁵.

Tampoco deben confundirse las declaraciones relativas a la existencia o inexistencia de relaciones o de situaciones jurídicas –«conjunto fáctico y jurídico que no sólo sirven para motivar el fallo, sino que determinan sobre lo que se ha juzgado»- que son la causa directa y «base de la condena o de la absolución» a las que, insistimos, sí alcanza la cosa juzgada, con las meras o simples declaraciones o afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de hechos que «son resultado de las admisiones expresas o presuntas que realicen las partes, de la prueba legal, de los concretos medios probatorios utilizados y aun de la valoración realizada por el tribunal, es decir, son el resultado de una determinada actividad procesal y, por ello, no podrá concluirse que la misma fija de modo irrevocable los hechos para un proceso posterior en el que la actividad

1073 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 169. En el mismo sentido el profesor De la Oliva: «Ha de reconocerse, pues, que sí hay cosa juzgada sobre los fundamentos de índole jurídica de fallo o parte dispositiva de una sentencia. Es de necesidad que haya cosa juzgada material sobre un derecho subjetivo o una relación o una situación jurídica si se ha efectuado un pronunciamiento, un juicio y una decisión sobre este derecho subjetivo o esa relación o situación jurídica en el sentido de reconocerlos como existentes y válidos. Y cabe sostener, en cambio, la ausencia de cosa juzgada para los fundamentos de las decisiones sobre cuestiones prejudiciales no devolutivas.» DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 507.

1074 En este sentido concluye también MONTERO: «En lo que se refiere al tiempo, la cosa juzgada tiene que comprender, como causa de pedir, todos los hechos que pudieron alegarse como constitutivos de la pretensión hasta el último momento de preclusión de las alegaciones. Para este momento preclusivo deben tenerse en cuenta los arts. 400.1, II, 286 respecto del escrito de ampliación, y 426 LEC.» MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., p. 548.

1075 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia...*, cit., pp. 124-132.

procesal podría ser distinta»¹⁰⁷⁶. Teóricamente al menos en el proceso civil la exigencia, *en su caso*, de declaración de hechos probados -art. 209. 2 LEC- y el deber de motivar -art. 218.2 LEC- también con razonamientos fácticos, valoración de la prueba, incidir en los elementos fácticos..., daría fuerza a la tesis positiva en relación con la función prejudicial de la cosa juzgada, aún más reforzada por el contenido del art. 400 LEC.

Por último, debe incidirse en una cuestión de significativa importancia y, sin embargo, poco clara -y éste no será el único momento en que se traiga a colación-. Si se acepta pacíficamente que parte de la fundamentación de la sentencia se ha sustentado y sustenta sobre los hechos constitutivos de la pretensión -más concretamente de la petición procesal-, debe admitirse que, en ocasiones, alegados, probados y no refutados por la contraparte, engrosarían el conjunto de «lo resuelto» en la sentencia -aunque por las condiciones descritas no ocupen lugar alguno en la argumentación de la resolución-. También debe considerarse que pueden configurar «antecedente lógico» de un pleito posterior en tanto que en éste formaban parte indiscutible de su objeto procesal. Cuando estos hechos no combatidos han permitido al tribunal cimentar la fundamentación de su decisión sobre la petición concreta, merecen gozar de la fuerza de la cosa juzgada y, por tanto, vincular (efecto positivo de la cosa juzgada material) a otro tribunal en un posible ulterior litigio donde protagonicen otra acción autónoma o sean alegados como resistencia u oposición.

3.3.4. La cosa juzgada y las excepciones opuestas por el demandado

En ausencia de regulación legal se mantienen sobre esta cuestión diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales. Tan sólo respecto de la excepción de compensación se admitía sin discusión el efecto de cosa juzgada¹⁰⁷⁷ por dictado, sobre todo, del propio sentido común, y hoy expresamente el art. 408 LEC asigna, junto a la alegación de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, fuerza de cosa juzgada a los pronunciamientos que contenga la sentencia sobre estos puntos, como después se verá. Por tanto la polémica subsiste respecto de las demás posibles resistencias de fondo oponibles por la parte demandada en el proceso. No obstante, es el estudio singular bajo las pautas de jurisdicción, competencia, procedimiento adecuado, ausencia de indefensión por causa de la deficiente contradicción y debate entre las partes lo que guía la resolución en cada caso¹⁰⁷⁸.

DE LA OLIVA parte de la distinción entre defensas y excepciones procesales y defensas y excepciones jurídico-materiales o de fondo. Entiende que debe excluirse de la fuerza de cosa juzgada a las decisiones sobre las primeras de la misma forma y por idénticas razones que ha de privarse de aquélla a las sentencias absolutorias de la instancia, según se ha expuesto. Sin embargo, respecto de las defensas y excepciones materiales, a pesar de que buscan simplemente la desestimación de la tutela que la parte actora pretende, y no una concreta, y de que su estimación

1076 MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., p. 549.

1077 «La doctrina más reacia a admitir la cosa juzgada de las excepciones siempre había salvado el supuesto de compensación. Porque, o la exigencia y exigibilidad del crédito queda cubierto por la cosa juzgada, o el demandado podría cobrar dos veces: una en moneda de compensación (siendo absuelto o viendo reducida su condena en el proceso que contra él dirige el actor) y otra en moneda de curso legal convirtiéndose en demandante de un segundo proceso cuya pretensión tendría por fundamento el mismo crédito que ya fue alegado en el primer pleito.», PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia...*, cit., p. 139 (en nota pie).

1078 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 171.

produce efectos jurídico-materiales distintos a los que produce la sentencia estimatoria de la demanda, los efectos jurídico-procesales de la cosa juzgada no tienen porqué ser distintos «pues la decisión jurisdiccional sobre los puntos presentados como excepciones no puede calificarse ni de incidental ni de simplemente prejudicial¹⁰⁷⁹: ni se decide sobre las excepciones como meros antecedentes lógicos, ni se enjuician incidentalmente. Por el contrario, las excepciones se enjuician como cuestiones que atañen al objeto esencial del proceso: si el actor tiene, o no, derecho a la tutela jurisdiccional concreta que pide.»¹⁰⁸⁰.

No es esta la opinión de PADURA¹⁰⁸¹, para ella las alegaciones –excepciones- sobre hechos impeditivos y extintivos «no son un simple ataque al fundamento de la acción (...) tienen por objeto producir el efecto de una contranorma (impeditiva, extintiva o excluyente) (...). La contranorma presupone siempre el supuesto de hecho de la norma constitutiva, sólo que le añade un *plus*, algún hecho nuevo que justifica el efecto jurídico contrario (...). El demandado sólo ataca el fundamento de la demanda cuando trata de presentar los hechos constitutivos como inexistentes, o acontecidos de otro modo (...) es una “disputa del fundamento de la demanda, y se denomina simplemente *denegación de la demanda*”».

MONTERO entiende que las excepciones materiales alegadas en el proceso por el demandado son alcanzadas por la cosa juzgada porque aun cuando es la pretensión la que determina el objeto del proceso, la resistencia fija el objeto del debate. Asimismo debieran quedar cubiertas las excepciones que no opuso y pudo oponer pues «afirmada en la sentencia la existencia de una relación jurídica no podrán alegarse en un proceso posterior, como hechos constitutivos de la pretensión, los hechos que en el proceso anterior pudieron alegarse como hechos extintivos, impeditivos o excluyentes»¹⁰⁸². Pero precisamente este criterio no fue el seguido en la STS de 20 de diciembre de 2006 (RCUD núm. 151/2005)¹⁰⁸³. TAPIA, más restrictiva, extiende los efectos de la cosa juzgada a la excepción si «se alegó, se discutió y el Tribunal se pronunció sobre ella (en los razonamientos jurídicos, de forma expresa o tácita), siendo competente y por el procedimiento adecuado»¹⁰⁸⁴.

PADURA va más allá. Reivindica la fuerza de cosa juzgada de lo decidido sobre la excepción alegada y enjuiciada, desde su reconocimiento como «genuino y auténtico pronunciamiento debido»¹⁰⁸⁵; propone una interpretación extensiva de los artículos 222.2 y 408 LEC -ceñidos a la compensación y nulidad- al resto de excepciones materiales¹⁰⁸⁶. Sin desdeñar las objeciones que tradicionalmente se han opuesto a la fuerza de cosa juzgada del pronunciamiento sobre las excepciones, las afronta con argumentos que por su claridad y solidez interesa trasladar al texto

1079 «El fenómeno de la prejudicialidad en sentido estricto tiene lugar cuando en un proceso civil surgen cuestiones jurídicas que, en principio, deberían ser resueltas por órganos jurisdiccionales *no civiles*. Es la llamada prejudicialidad no civil en el proceso civil.», PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia...*, cit., pp. 140-141.

1080 DE LA OLIVA ANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 508.

1081 PADURA BALLESTEROS, M^a T., *Fundamentación de la sentencia...*, cit., pp. 134-136.

1082 MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., pp. 549-550.

1083 Comentada por DESDENTADO BONETE, A., «Dos visiones de la cosa juzgada», *Diario La Ley* de 26 de junio de 2007.

1084 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p.170.

1085 PADURA BALLESTEROS, M. T., *Fundamentación...*, cit., p. 142.

1086 *Ibidem*, pp. 143-144.

de este estudio. En relación con la ausencia o defecto de contradicción respecto de las alegaciones del demandado, entre otros, aduce que: «si negamos la fuerza de cosa juzgada al pronunciamiento que recae sobre las excepciones propuestas por el demandado, las sentencias desestimatorias que tienen por *fundamento* la estimación de un hecho impositivo, extintivo o excluyente serían distintas de las que se basan en la inexistencia de los hechos constitutivos (pues, mientras en las primeras el pronunciamiento que sustenta el fallo carecería de cosa juzgada, en las segundas dicho pronunciamiento obtendría tal fuerza)». Añade que «La limitación del ámbito objetivo de la cosa juzgada traería causa de lo que sería un grave defecto de ley (la falta de previsión de un trámite para que el actor respondiera a las alegaciones del demandado), perfectamente enmendable a través de una reforma legislativa como la que ya se contempla en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil vigente»¹⁰⁸⁷, en relación con la nulidad y la compensación (art. 408 LEC) y podría hacerse con las demás excepciones si la audiencia previa se utiliza para que el actor pueda responder plenamente a las alegaciones del demandado¹⁰⁸⁸.

Su propuesta de *lege ferenda* inevitablemente hace pensar en dos «ideales» fases del juicio civil. En la audiencia previa se despacharían, además de las cuestiones procesales, todas las oposiciones o excepciones materiales, limitando la continuación del proceso a cuestiones meramente jurídicas. Evidentemente, esta idea ni siquiera es concebible para el proceso laboral, sencillamente por causa de la principal manifestación de la concentración, que convierte al juicio oral en la suma de las fases procesales nucleares -alegaciones, prueba y conclusiones-.

3.3.5. Tratamiento procesal especial de las «excepciones reconventionales». **Compensación de deudas y nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda**

Se dispone en el art. 408 que «si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable¹⁰⁸⁹, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción,

1087 *Ibidem*, pp. 145-146.

1088 *Ibidem*, p. 168. DE LA OLIVA (con DÍEZ-PICAZO) va más allá: «La expresa previsión acerca de la compensación o de la nulidad en los arts. 222.2 y 408 LEC no se puede interpretar, a nuestro entender, como ausencia de fuerza de cosa juzgada en cualquier otro caso de excepciones. Lo que, sin duda, no será procedente en otros casos distintos es abrir plazo para que el demandante formule alegaciones (y aporte documentos), como si de una reconvencción se tratase. Pero, para este asunto como para otros muchos, aplicar el aforismo “inclusio unius, exclusio alterius” (“la inclusión de lo uno significa exclusión de lo otro”) resulta arriesgado. Y la muy semejante regla hermenéutica “lex ubi voluit, dixit, ubi noluit, tacuit” (“la ley, cuando quiere, habla; cuando no quiere, calla”) no es tampoco una guía interpretativa segura allí donde las limitaciones (lo que se calla, en este caso) no obedecen a una clara razón jurídica.», DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 511.

1089 «La naturaleza jurídica de la alegación por el demandado de compensación ha sido tradicionalmente debatida por la doctrina, sin haber alcanzado un resultado claro (hecho extintivo como el pago, hecho excluyente, reconvencción). Generalmente se ha distinguido: 1) Si el demandado opone la compensación y pide que el demandante sea condenado por el exceso entre la cantidad pedida por éste y el importe del crédito sobre el que se pide la compensación, suele considerarse que se trata de una reconvencción o, por lo menos, que ha de tener el tratamiento de ésta, 2) Si el demandado lo único que pide es que no sea condenado, aduciendo la compensación, suele considerarse que se trata de una excepción.

El art. 408. 1 LEC, sin entrar a decidir sobre este debate, ha igualado el tratamiento procesal de la compensación, de modo que, en todo caso, es decir, incluso cuando el demandado sólo pretende su absolución, y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar, el demandante podrá controvertir la excepción en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción.», MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., pp. 383-384.

aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar.» (Aptdo. 1º), y la misma posibilidad se le da al actor cuando el demandado oponga «hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones» si aquél dio en la demanda por supuesta la validez del negocio (Aptdo. 2º), ordenando, en definitiva, que la sentencia se pronuncie sobre estas alegaciones y afirmando la fuerza de cosa juzgada de los pronunciamientos correspondientes (Aptdo. 3º).

La regulación mereció valoración positiva por la doctrina porque de este modo no se fuerza la oposición de la compensación o de la nulidad a través de la reconvencción o de la estimación sobre la existencia de una reconvencción implícita¹⁰⁹⁰, situación ésta imposible¹⁰⁹¹ a tenor del apartado tercero del art. 406: «La reconvencción habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal.», así como tampoco que se planteen reconvencciones inconexas a la pretensión principal¹⁰⁹² -recordemos que antes de la LEC, que el suplico de la contestación a la demanda contuviese «algo más» que la mera petición de desestimación de la demanda y absolución de la misma, ya entrañaba una implícita reconvencción-.

Pero también ha recibido críticas. En este sentido se dice que aumentan «las dificultades para distinguir entre lo que es excepción y lo que es reconvencción, al menos en relación a las excepciones de compensación y de nulidad absoluta del negocio jurídico» y que «si ya es censurable que el legislador haya establecido para estas excepciones un régimen procesal especial, mucho más lo es que no se haya tomado la molestia de unificar al menos el tratamiento procesal de ambas cuestiones»¹⁰⁹³.

Lo cierto es que en el proceso laboral la reconvencción –con objeto procesal equivalente a una compensación conexa, como la más frecuente, a saber, el salario con su régimen de embargabilidad y diversas indemnizaciones con su retención en nómina o en el finiquito, o las prestaciones sociales en la singular relación jurídica de seguridad social- ha venido articulándose procesalmente con respeto a la exigencia de ser planteada previamente en la conciliación administrativa, y con menos frecuencia en la resolución expresa de la reclamación administrativa previa, tanto si el crédito compensable deducido por el demandado era superior a la deuda frente a él reclamada como si era inferior.

No obstante, la indiscutible condición de la compensación de deudas legal como hecho extintivo en cualquier defensa de fondo oponible por la parte demandada en el proceso y su nuevo tratamiento en la LEC como «excepción reconvenccional», es decir que controvertida por

1090 DE LA OLIVA SANTOS, A y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 510.

1091 «En cualquier caso, afirmar que el pronunciamiento sobre la excepción produce efectos de cosa juzgada no conduce, necesariamente –y en contra de lo que algunos han dicho-, a la fusión entre excepción y reconvencción implícita o expresa, pues ya sabemos que con la LEC 1/2000 la reconvencción implícita desaparece (artículo 406. 3 LEC)». PADURA BALLESTEROS, Mª T., *Fundamentación de la sentencia...*, cit., p. 167.

1092 SEGALÉS, J., «El juicio oral» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.) *El proceso laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, Vol. I, p. 427.

1093 DAMIÁN MORENO, J., *Los procesos ordinarios...*, cit., pp. 71-72.

la actora el pronunciamiento vertido sobre ella en sentencia surte efecto de cosa juzgada, aunque no persiga una condena, plantea la duda de su debida y alternativa articulación como demanda reconvenicional o como excepción de fondo con régimen jurídico singular otorgado por el art. 408 LEC.

En el art. 222.2 LEC, relativo el objeto de la cosa juzgada, se incluye con la expresión *alcanza* además de las pretensiones de la demanda y reconvenición, los puntos de los apartados 1 y 2 del artículo 408, es decir, las llamadas «excepciones reconveniconales». Así, en el apartado 1 se plantea la siguiente situación procesal:

- La actora pide condena al pago de una cantidad de dinero.
- La demandada pide absolución en base a la existencia de un crédito compensable (opone un hecho extintivo).
- La alegación de crédito compensable no se plantea como reconvenición, no busca, en su caso, condena de la actora si resulta un saldo a su favor, sólo absolución.
- La actora *podrá* controvertir (o sea alegar, probar y concluir) esta alegación como si contestase a una reconvenición, que en principio no es tal.
- La sentencia que se dicte deberá resolver sobre estos puntos, y los pronunciamientos correspondientes tendrán fuerza de cosa juzgada (so pena de incurrir en defecto de exhaustividad por omitir un pronunciamiento debido).

La expresión *podrá* incluye la facultad de hacer objeto de debate la alegación de compensación y obliga a presumir que el uso de esta posibilidad sólo se ejercerá cuando la demandante, previendo que la eventualidad se dé, acuda al acto del juicio provista de los argumentos y prueba necesarios para conseguir la desestimación sobre el crédito compensable frente a su reclamación de cantidad.

En el proceso de trabajo la demanda ordinaria en cuyo suplico se pide la condena al pago de una cantidad de dinero necesariamente habrá sido precedida de un intento de conciliación, y si quien será demandado en el proceso planea reconvenir ineludiblemente lo habrá debido anunciar y concretar en él¹⁰⁹⁴. La posibilidad de la LEC trasladada al proceso laboral, fuerza a la suspensión del juicio oral, por lo que parece poco operativa para la parte demandada. Seguramente, como se venía haciendo antes de la LEC, se asegurará la reconvenición en el proceso cumpliendo con su anticipación en el acto de conciliación, por indudable que pueda resultar la previsión de la oposición de un crédito compensable, en la parte actora (yendo preparada al juicio oral). Si no lo hace y la actora conoce y recuerda la existencia de un crédito compensable frente a ella sería interesante que acudiera al acto del juicio oral preparada como si de una reconvenición anunciada se tratase y hacer uso de esta facultad para oponer cuantas excepciones actúen a su favor. En caso contrario no puede deducirse de la Ley que la actora esté obligada a hacer este extremo objeto de debate.

1094 Artículo 85.3 LJS: «Únicamente podrá formular reconvenición cuando la hubiese anunciado en la conciliación previa...y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta».

3.4. Ámbito subjetivo

Dispone el art. 222.3 LEC (a salvo de los párrafos 2º y 3º, que no interesan al proceso social) que «La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley». La remisión ha de entenderse hecha, como se razonará, al artículo 10 LEC -*Condición de parte procesal legítima*.-, en particular a su párrafo segundo. No obstante se transcribe en su totalidad: «Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular».

Los límites personales o subjetivos de la cosa juzgada vienen impuestos por el *principio jurídico natural de audiencia* o de contradicción en virtud del que «nadie puede ser condenado (es decir, afectado negativamente por una sentencia) sin ser oído y vencido en juicio»¹⁰⁹⁵. Esta máxima general que encuentra excepciones no puede sin embargo ser interpretada en términos absolutos. Debe observarse la diversa forma en que quienes no han sido parte en el proceso pueden verse afectados negativamente por el resultado del mismo, por los efectos de la cosa juzgada. Habría de atenderse a situaciones jurídicas o derechos si no idénticos a los de los litigantes al menos directamente ligados a aquellos, no bastando con ostentar «simples intereses de cualquier intensidad»¹⁰⁹⁶, y concretar estos términos hace inevitable su examen singular.

En cualquier caso el estudio del ámbito subjetivo de la cosa juzgada a la vista del artículo 222.3 LEC exige referirse a la regla general, según la que sólo las partes del proceso, atendiendo a su identidad jurídica, se verán afectadas, en su caso, por la cosa juzgada en un proceso posterior. MONTERO¹⁰⁹⁷ lo precisa y clarifica: «Lo que realmente importa no es tanto la identidad física como la jurídica. Por ello aún tratándose de distintas personas físicas, la cosa juzgada despliega sus efectos: 1) Cuando en el primer juicio comparece el representante legal o voluntario de la parte y en el segundo lo hace la propia parte; por ejemplo, si en el primer juicio comparece el padre del menor y en el segundo actúa éste, después de adquirir la mayoría de edad, y 2) Cuando en el primer juicio actúa el sustituto procesal y en el segundo el sustituido.

En otros casos, aun tratándose de las mismas personas físicas no existe cosa juzgada: 1) Cuando en el primer caso se actuó como representante y en el segundo en nombre propio; este es, por ejemplo, el caso de la persona que una vez actúa como representante de un menor o como órgano de una sociedad anónima, y luego por sí misma, y 2) Cuando en el primer proceso se litigó como sustituto procesal y en el segundo en nombre y por un derecho propio».

También es preciso destacar cómo el precepto en cuestión excepciona la regla extendiendo la cosa juzgada, en primer lugar, a los herederos y causahabientes de las partes del proceso y, en segundo término, a «los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley»¹⁰⁹⁸, alcanzando

1095 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada...*, cit., p. 48.

1096 *Ut supra*, pp. 48-49.

1097 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., pp. 1269-1270.

1098 TAPIA la califica como norma de precisión técnica, no de excepción. TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 181.

así a ciertos terceros en los dos casos señalados, y a todos en general, con eficacia *erga omnes*, por razón de la materia «en las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad (...) a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil» y por los vínculos en determinadas situaciones jurídicas, «las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado».

En relación con los herederos y causahabientes de las partes suele aclararse que su afectación, como es natural, requiere que la sucesión a título universal o singular se produjese posteriormente a la litispendencia pues si la sucesión fue anterior el pleito debió entablarse entre todos los titulares, y no siendo así la sentencia no tendría eficacia para el causahabiente¹⁰⁹⁹. Como expresa DE LA OLIVA «que la cosa juzgada les afecte, aunque no litigasen, es, cabalmente, consecuencia de esa sucesión en la situación jurídica de sus causahabientes. Se han de aceptar, en su caso, unos resultados procesales, pese a no haber intervenido en los correspondientes litigios, por la misma razón última por la que se aceptan, en otro caso similar, unos resultados económicos a pesar de no haber protagonizado los negocios correspondientes, con sus riesgos y expectativas»¹¹⁰⁰. Sin embargo, en los tiempos que corren, cada vez son más las personas que renuncian a la herencia y también años atrás y ahora quienes la aceptan a beneficio de inventario. Situación la última que ha convertido, en ocasiones, en núcleo del objeto del proceso la decisión sobre si una condena firme de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por el beneficiario y entretanto fallecido debía alcanzar a sus causahabientes.

El segundo supuesto de extensión a terceros, es decir, a no litigantes se remite al artículo 11 de la LEC aunque es unánime la consideración de que ha de entenderse hecha al artículo 10, en concreto a su párrafo segundo¹¹⁰¹, comprendiendo así los casos de legitimación indirecta o sustitución procesal (legitimación extraordinaria) donde «la cosa juzgada se extiende también al sustituido, aunque formalmente no haya sido parte»¹¹⁰² y la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios (legitimación ordinaria) extendiéndose a ellas la cosa juzgada «aunque no se hubieren constituido como parte, atendido el art. 15 y su llamada al proceso»¹¹⁰³.

3.5. Los «límites temporales» de la cosa juzgada

La distinta naturaleza jurídica de los derechos sobre los que se emite el pronunciamiento judicial y la clase de acción ejercitada que desencadena éste son datos fundamentales para considerar la relativa indefinición de la cosa juzgada (material). Estos límites se encuentran en

1099 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso...*, cit., p. 546.

1100 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p.500.

1101 «La corrección de errores de LECiv rectificó erróneamente la remisión al artículo 10, que, de modo correcto, hacía el texto definitivo de la ley. Esta remisión, en cuanto a su contenido y a pesar de las alteraciones de numeración, se mantuvo en el proyecto, la tramitación parlamentaria y en el texto definitivo de la ley. La remisión al artículo 11 comprende sólo una parte del fenómeno de la sustitución procesal. De estimarse correcta la letra del artículo 222.3 LECiv, el demandado podría ser sucesivamente demandado, respecto del mismo derecho, por el sustituto procesal y por el titular del derecho». ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., p. 608.

1102 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso...*, cit., p.546.

1103 *Ut supra*.

íntima conexión con dos cuestiones: la causa de pedir y el momento en que en cada proceso, según su procedimiento, precluye la posibilidad de realizar alegaciones, pues en un proceso posterior, coincidiendo las partes y el *petitum*, una causa de pedir «distinta» excluiría la cosa juzgada. Así el párrafo segundo del art. 222. 2 se expresa en estos términos: «Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen». Se trata en definitiva del mayor o menor grado de posible incidencia sobre el asunto enjuiciado de hechos modificativos que como alegaciones fácticas fundamentales que determinan una nueva causa de pedir acaecen en el tiempo después de precluido el trámite de alegaciones en el proceso que desplegará con su sentencia firme los efectos de cosa juzgada. La nueva causa de pedir determina un objeto distinto en el ulterior proceso que excluye la necesaria identidad que implica la cosa juzgada.

Sin embargo esos «hechos nuevos y distintos» (también de nueva noticia) pueden acontecer cuando el proceso no ha finalizado, aún precluida la posibilidad de su alegación. DE LA OLIVA plantea si tales elementos nuevos quedarán comprendidos en la cosa juzgada de la sentencia que se dicte en el proceso o no. Es decir a partir de cuándo la cosa juzgada no los comprenderá o sí lo hará. Resuelto queda con este precepto, habrá que ver en qué momento sitúa la norma de procedimiento «la completa preclusión de los actos de alegación» en el proceso concreto en que se formulen -para que su introducción no suponga una *mutatio libelli* no permitida- que en el civil coincidiría con el comienzo del plazo para dictar sentencia sin perjuicio de su posible suspensión por acordarse la práctica de diligencias finales que lo diferiría a la finalización de éstas. Y esto concuerda plenamente con la regla de preclusión de alegaciones fácticas y jurídicas prevista en el art. 400 LEC¹¹⁰⁴.

En el proceso social, del mismo modo, si ya se celebró el juicio oral, la prueba se forzaría a través de diligencias finales. En definitiva si los repetidos hechos no pudieron alegarse por la preclusión impuesta se considerarán causa de pedir distinta, y podrán, por tanto fundar otra acción, más aún si además determinan una novación subjetiva, como resultaría, por ejemplo, en el caso de una sucesión de empresa. En esta línea se ha señalado que «no existe momento apto entre la terminación del juicio y la resolución judicial que poner fin al pleito en primera instancia: el plazo para dictar sentencia (20 días) transcurre desde el siguiente a la terminación del juicio» por lo que ni el trámite de diligencias finales podrían aportarse hechos nuevos o de nueva noticia, debiendo entonces configurar otro objeto en otro proceso»¹¹⁰⁵.

3.6. Una variante de la cosa juzgada: la preclusión de la alegación ex art. 400 LEC

Una de las novedades más notables en relación con el objeto del proceso introducidas por la LEC –y en ocasiones no comprendida por Juzgados y Salas en el proceso social- es la incluida en su artículo 400. La regulación de la demanda y su contenido para el juicio ordinario -de aplicación supletoria al juicio verbal y al proceso de trabajo-, se completa con el precepto señalado en el que, bajo el título *Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos*, se dispone

1104 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., pp. 512-515.

1105 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso...*, cit., p. 203.

que «Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación» (apartado 1º).

Antes de iniciar su análisis y aludir a las posibles interpretaciones que admite y que los tribunales vienen concediéndole, debe atenderse a la presentación que de este novedoso precepto se realizó en la Exposición de Motivos de la LEC. Se orientan las conclusiones propuestas a esa declaración de intenciones. No obstante, ello no impide anticipar que en algunas sentencias en que se considera su aplicación se observa cierta confusión. Asimismo, puede hablarse de prevención por su rara invocación en el proceso de trabajo -o quizás desconocimiento- pero, en todo caso, hay que reparar en que su funcionalidad en él no puede asimilarse con la encauzada para el proceso civil, tan sólo -y al margen de otras consideraciones- por el hecho de que la demanda laboral no exige en su contenido fundamentación jurídica. Este dato y la aún vigente confusión sobre la faceta jurídica de la causa de pedir como elemento del proceso imponen cierta singularidad en la aplicación del principio *iura novit curia* cuando del proceso social se trata.

El Epígrafe VIII de la E.M. de la LEC nos dice que «El objeto del proceso civil es asunto con diversas facetas, todas ellas de gran importancia (...) Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo.

Con estos criterios, que han de armonizarse con la plenitud de las garantías procesales, la presente Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos. En la misma línea, la Ley evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos -una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción-, trata diferenciadamente la alegación de compensación y precisa el ámbito de los hechos que cabe considerar nuevos a los efectos de fundar una segunda pretensión en apariencia igual a otra anterior. En todos estos puntos, los nuevos preceptos se inspiran en sólida jurisprudencia y doctrina.

Con la misma inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, el régimen de la pluralidad de objetos pretende la economía procesal y, a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, dificulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios (...).

Aunque se alude a distintos argumentos -todos ellos relacionados- su objetivo esencial queda claro; se trata de lograr la resolución definitiva de la cuestión o asunto litigioso en un solo proceso, con las positivas consecuencias que de ello deriva para la Administración de Justicia y para los

litigantes. Esta aspiración, sin embargo, compromete una conclusión en absoluto deducible del precepto en cuestión. En él la carga preclusiva de la alegación implica, única y exclusivamente, a las alegaciones fácticas y jurídicas, a las causas de pedir de la acción que se afirma pero en ningún caso a la petición¹¹⁰⁶. La regulación de la acumulación de acciones y de procesos sigue caracterizándose por una general voluntariedad para el actor, dentro de su previa posibilidad. Una cosa es que estas acumulaciones sirvan, también, al principio de economía procesal y otra bien distinta que la falta de absoluta identidad subjetiva y objetiva, necesaria para que opere el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, siga posibilitando el plural ejercicio de la misma acción entre idénticas partes gracias a la diversidad de causas de pedir en unos procesos y otros.

La llamada carga de la alegación legal guarda una correspondencia directa con la regulación del efecto positivo o vinculante de la cosa juzgada material: «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.» (art. 222.4 LEC). Y es que al margen del concreto significado que deba otorgarse a la expresión «antecedente lógico de lo que sea su objeto», la inexistencia legal de la carga y preclusión alegatoria consentía a la parte actora la iniciación de sucesivos procesos con idéntica petición pero fundamento en diversas causas de pedir, eludiendo, así, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada (art. 1252 CC, ya derogado) que exigía, como hoy, la más perfecta identidad subjetiva y objetiva entre los procesos comparables y que impedía en el segundo un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la misma cuestión litigiosa. Esta frecuente situación que busca eliminar el art. 400 LEC es lo que la doctrina científica ha venido denominando «goteo de procesos». Es claro que se trata de evitar que la misma acción judicial, la misma petición, que cuenta con más de un fundamento o causa de pedir al tiempo, encuentre varias oportunidades procesales de decisión favorable para el caso de que en un primer, segundo o ulterior litigio fracase, y esto a base de ir dosificando aquellas causas de pedir en varios procesos.

A pesar de ello debe cuestionarse hasta que punto, en procesos como el laboral en el que el actor puede comparecer por sí mismo –sin preceptiva dirección letrada o representación de graduado social colegiado- le es exigible conocer y en consecuencia alegar como relevantes jurídicamente, todos los posibles hechos que fundamentan realmente su pretensión, por no hablar de los fundamentos o títulos jurídicos que cumplen la misma función, cuando ni siquiera es requisito necesario incluir en la demanda –ni en el proceso ordinario, ni en las modalidades procesales, a salvo del conflicto colectivo- fundamentación jurídica alguna.

La conexión existente entre dos procesos con peticiones diversas pero fundamentadas en, al menos, una misma causa de pedir, determina en el segundo la aplicación del efecto vinculante de la cosa juzgada material respecto al enjuiciamiento recaído de forma firme en el primero sobre esa causa de pedir. Sin embargo la omisión de su alegación en el primer proceso incoado, no

1106 Y así se ha interpretado por el TC en sus Sentencias 71/2010 y 106/2013: «...sin perjuicio de la evidente relación entre los dos procesos judiciales, lo cierto es que las pretensiones que se ejercitaron en el segundo pleito quedaron imprejuzgadas, por lo que, reiterando lo afirmado en la STC 71/2010, de 18 de octubre, lo cierto es “los arts. 222.2 y 400.2 LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal.» (F.J. 5º de la última.)

siempre, debe producir el efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada o de litispendencia en el segundo (art. 400.2 LEC) -consecuencia prevista para el incumplimiento de la carga de la alegación- porque equivaldría a perder, sin más, el fundamento o uno de los fundamentos de la nueva petición todavía no enjuiciada lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este desenlace y la imprecisión del enunciado exige -sin perder de vista el objetivo perseguido por este precepto y la justificación que la doctrina le ha otorgado, «evitar el goteo de procesos»- controvertir si admitir una interpretación más allá de la máxima restricción que exige -en tanto precepto obstaculizador del principio *pro actione*- no vulneraría el derecho fundamental. Establece este apartado segundo que «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.», lo que permite distinguir diversos escenarios partiendo de que, en todo caso, la pretensión del primer proceso (*otro juicio anterior*) contaba -habiéndose omitido la alegación de alguna- con más de una causa de pedir.

Una exégesis razonable, ajustada a la finalidad del precepto y necesariamente restrictiva exigiría que la petición del segundo proceso incoado fuese la misma que la del primero -ya se ha descartado la aplicación del precepto para procesos con peticiones distintas- aunque ahora con fundamento distinto al o los deducidos en éste pero que hubiera debido unirse a aquéllos en cumplimiento de la carga preclusiva de la alegación. Abonándonos a ésta, se hace necesario someterla a reparos, o, al menos, matizar su tratamiento judicial a partir de una ampliación funcional del principio *iura novit curia* en su aplicación al proceso de trabajo. Un ejemplo clarifica su análisis. Consideremos a un trabajador vinculado a la empresa con un contrato eventual, pretendidamente celebrado en fraude de ley cuando ejercita una acción declarativa de fijeza. Establece entonces como causa de pedir ese fraude. Si además se da el hecho de que su vinculación con la empresa responde al escenario del art. 15.5 del ET -dato legal que ignora- que también podría fundamentar su solicitud de fijeza, pero no lo alega y su acción es desestimada por no apreciarse el fraude, cabe dudar sobre si podría plantearse posteriormente -ya con conocimiento de su derecho- ejercitar la misma acción pero ahora con este fundamento o causa de pedir diversa, sin la amenaza del efecto de cosa juzgada prescrita en el art. 400.2 LEC. No sería desdeñable desde una perspectiva constitucional, considerar la circunstancia de si el proceso se ha desarrollado con o sin asistencia letrada. Podría en el segundo caso incluso plantearse si supondría una vulneración del principio dispositivo y de aportación de parte, y en consecuencia del principio de igualdad, el que a la vista de la demanda el letrado J, *ex* art. 81 LJS, ordenase al actor -que comparece por sí mismo- ampliar su demanda ante una eventual posible aplicación del art. 15.5 ET, auxiliando de este modo el cumplimiento de la carga de la alegación (art. 400 LEC)¹¹⁰⁷.

Bien, la rigurosa identidad exigida para negarle el derecho a una sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa en aplicación de la eficacia excluyente de la cosa juzgada fallaría puesto que las causas de pedir de los procesos a considerar son diversas. No obstante sería esperable que la empresa se defendiese de la petición invocando la aplicación del precepto señalado; de este modo la acción perdería fundamento y tendría que desestimarse. Sin embargo en esta situación habría de observarse si la demanda del primer proceso en su relación de hechos, posteriormente probados,

1107 Por ejemplo si en la relación de hechos compuesta en la demanda constase la fecha de la primera vinculación del trabajador con la empresa y la sucesión de varios contratos, aunque sin especificarse la tipología de los mismos y sus respectivas duraciones.

aportó al juzgador los elementos necesarios para que bajo la bandera del *iura novit curia* -a pesar de no invocarse el art. 15.5 ET- hubiera enjuiciado también la petición con este fundamento, y de no haberlo hecho si podría haberse calificado a esa sentencia de incongruente por omisión de pronunciamiento -que no afecta a la petición sino a una causa de pedir- o con patología en cuanto a su exhaustividad, según se prefiera, o, incluso para algunos, de incongruente *extra petita*.

La cuestión es que si de la relación de hechos del primer proceso no podía deducirse la favorable aplicación al trabajador del precepto sustantivo, el caso encajaría plenamente en la previsión y consecuencia previstas en el art. 400 LEC, mientras que en caso contrario -pudiendo deducirse del bagaje fáctico presentado- se plantea el problema de que ganada firmeza por la primera sentencia con defecto de incongruencia o de falta de exhaustividad indoloramente sufridas, podría apreciarse el efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada en el segundo proceso al darse las identidades necesarias. Desde una perspectiva constitucional, más acorde sería deducir que al no haber sido objeto de la *res iudicata* esa causa de pedir, planteada *ex novo* en el segundo proceso, ahora conscientemente, no se alcanzaría la identidad objetiva necesaria. Nos inclinamos por la segunda solución. Es cierto que otros defectos de congruencia, no la omisiva, no corregidos y por tanto definitivos en sentencias firmes se ven alcanzados por los efectos de la cosa juzgada material, sin embargo, el apuntado, realmente un defecto de exhaustividad de este género que no alcanza a la petición sino a una causa de pedir no enjuiciada en sentencia no puede englobar la llamada cosa juzgada puesto que se lesionaría el derecho fundamental.

Debe insistirse en que en modo alguno -por su cualidad vulneradora del principio *pro actione* del art. 24 CE- pueden extenderse los efectos de litispendencia y cosa juzgada en relación con hechos y fundamentos jurídicos aducidos en el proceso, pero deducibles y no deducidos en un proceso anterior, siendo las peticiones de ambos procesos diversas. Si fuese así, se estarían contrastando dos procesos en los que los elementos de sus objetos procesales sólo quedarían conectados, desde un plano real, que no virtual, por la identidad subjetiva de las partes procesales, y la forzada conexión objetiva en la causa de pedir -en el primer proceso virtual y en el segundo real- puede que llegase incluso a dejar al actor en el nuevo proceso desprovisto de fundamento alguno para sustentar su acción sin ni siquiera haber obtenido un pronunciamiento sobre esta causa de pedir deducida ahora por primera vez.

3.7. La cosa juzgada y orden público procesal

El tratamiento procesal que ha de darse a la función negativa o excluyente de la cosa juzgada pasa por las previsiones contenidas en los artículos 403, 405, 407 y 421 de la LEC. La inadmisión de la demanda se restringe a los casos y por las causas expresamente previstas en la Ley (art. 403 LEC *Admisión y casos excepcionales e inadmisión de la demanda*), y la cosa juzgada, aunque no comprendida en esos límites, es considerada una cuestión de orden público procesal -además insubsanable- y por tanto apreciable de oficio desde la presentación del escrito rector. Sin embargo, incluso tratándose de un caso claro y comprobable sin dificultad por el Juzgado o Sala al que se dirige la demanda y aunque en pura lógica podría pensarse en la inadmisión de la demanda, la regulación, la doctrina y los tribunales no lo ven así.

La STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 21 de mayo de 2015 (Rec. núm. 32/2015) argumenta que la cosa juzgada «puede ser traída al procedimiento mediante el planteamiento

de la correspondiente excepción procesal, incluso tiene que ser apreciada de oficio, pero es una institución que nada tiene que ver con la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, por lo que en caso de ser apreciada determinaría la desestimación de la demanda, pero en ningún caso su inadmisión a trámite. En otras palabras, para apreciarla el órgano judicial necesariamente ha de entrar en el fondo de la cuestión planteada (para verificar si se da la concurrencia de los tres elementos comunes: los sujetos, el objeto y la causa) y declararla en sentencia, una vez vertidas las alegaciones correspondientes en el acto del juicio» (F.J.2º).

La posible inadmisión de la demanda *ex art. 81 LJS* no puede ser competencia sino del órgano jurisdiccional, y lo delicado de esta cuestión que seguramente subyace en el razonamiento de la Sala transcrito es que realmente el efecto excluyente de la cosa juzgada, insubsanable, e íntimamente ligado al objeto del proceso y por tanto al fondo del asunto no justifica el rechazo del derecho a la tutela judicial o del derecho a la acción. Así que no tratándose de un presupuesto procesal, no puede derivarse la aplicación del art. 81.1 para que el juez o tribunal decida sobre la admisibilidad de la demanda. La posibilidad de su apreciación de oficio no se discute: «Si la audiencia previa al juicio ordinario sirve, entre otras cosas, para “examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste (el proceso) y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto” (art. 414.1, II, LEC) y si el auto de sobreseimiento debe dictarse “cuando el tribunal aprecie... la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico” (art. 421.1 LEC), la conclusión debe ser la posibilidad de apreciar de oficio la concurrencia de la cosa juzgada»¹¹⁰⁸, pero requiere audiencia de las partes y en el juicio verbal, como en el social, su estimación con declaración expresa de su existencia que hace culminar el proceso sin sentencia sobre el fondo¹¹⁰⁹. Estos casos, representan de forma nítida un abuso en el ejercicio del derecho a la tutela judicial por mala fe y temeridad, y debiera de imponerse a la parte actora, de oficio o a instancia de parte, la correspondiente multa *ex art. 75.4 LJS*.

No obstante, MONTERO parece inclinarse por la línea interpretativa que marca el sentido común. Razona que la función negativa no sólo impone al tribunal del segundo proceso no resolver, sino «Más aún, debe entenderse que lo que impone esta función de la cosa juzgada es que cuanto antes en el proceso se decida su no continuación, pues no tiene utilidad esperar a decidir en la sentencia que no se decide sobre el fondo del asunto pues hay cosa juzgada. Por ello, la cosa juzgada debe tratarse como presupuesto procesal a decidir lo antes posible»¹¹¹⁰. Opinión que compartimos plenamente, en contra del criterio seguido en la Sentencia señalada, lo que supondría entender incluida a la cosa juzgada material con su efecto excluyente entre los presupuestos procesales a que los que se refiere el art. 81.1 LJS, y, en consecuencia, decidir la inadmisión de la demanda por el juez o Sala en su atención. Eso sí, en supuestos claros.

No puede predicarse lo mismo de la cosa juzgada material cuando de su eficacia positiva o prejudicial se trata puesto que además de la dificultad que entraña para el tribunal que conoce del proceso recordar e identificar los pronunciamientos contenidos en otro anterior que guarde la necesaria conexión como para vincularle, su apreciación, muy ocasional de oficio, a petición de cualquiera de las partes interesada en ello pasaría, no por una cuestión-excepción procesal que impide la sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa deducible sólo por la parte demandada, sino por la alegación por una u otra parte orientada a convencer al tribunal de que –dados los

1108 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso...*, cit., p. 551.

1109 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal...*, cit., p. 522.

1110 MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil...*, cit., p. 1267.

requisitos legalmente necesarios para ello- como antecedente lógico, aquella sentencia debe satisfacer ese efecto reflejándose en la que ahora se emita.

Sin embargo en el acto de conciliación judicial previo al juicio oral, su alegación comprobable por el letrado J, bien podría forzar el desistimiento de la demandante. Imaginemos la interposición de dos demandas por la misma actora frente a la misma pluralidad de demandados, una en reclamación de cantidad y otra por despido. Meses después de dictarse la sentencia de despido firme en que se absolviera a varios codemandados por su falta de legitimación pasiva, no ostentar la condición de empleadores de la actora, se señalan los actos de conciliación y juicio en el proceso ordinario de cantidad. La actora, a pesar de la primera sentencia no ha desistido en los meses transcurridos de su segunda demanda frente a los demandados absueltos con carácter firme a los sigue imputándose aquella condición. Bien, como se dice, el acto de conciliación es un buen momento para forzar el desistimiento sin necesidad de afirmar en el juicio oral la existencia de la primera sentencia y alegar expresamente su fuerza vinculante. Y es que la estimación de ciertas excepciones procesales inciden sobre un estado de cosas que se mantiene en procesos ulteriores e incluyen en la decisión un pronunciamiento de fondo que aún no fundamentando la petición –puesto que no resuelve- produce el efecto positivo vinculando en posterior proceso, situación ésta que a la par impediría por idéntica razón entrar a resolver el fondo de la cuestión litigiosa logrando ese efecto a través de su función vinculante.

Desde luego la eficacia positiva de la cosa juzgada puede interesar y, por ende, ser alegada tanto por la parte demandada como por la actora en sus respectivos escritos o momentos procesales o incluso posteriormente si la sentencia fue «dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso» (art. 271.2 LEC), sea como defensas de fondo o excepciones materiales o como hechos constitutivos, respectivamente. Con ello, no se busca excluir la sentencia de fondo sino condicionar su contenido (será en esta resolución donde se exprese si el efecto vinculante ha operado o no). En la regulación de la audiencia previa al juicio, y en concreto tratando la resolución de los casos de litispendencia o cosa juzgada, se refiere la LEC expresamente a este efecto para disponer algo obvio: «no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior.» (art. 421.1, pfo. segundo). Y como propone MONTERO¹¹¹¹ conviene distinguir entre afirmación por la parte de la existencia de esa específica sentencia firme que debe cuidar precisamente la parte interesada en ello por cuanto con ello aporta hechos «resueltos» con pronunciamientos potencialmente vinculantes, y la alegación expresa por la parte de esa fuerza vinculante que no sería necesaria para que el tribunal la aprecie de oficio como efecto positivo de la cosa juzgada.

En cuanto a los límites temporales de la cosa juzgada y, en particular a la cláusula preclusiva contenida en el apartado 2º del art. 400 LEC y el efecto de cosa juzgada o litispendencia que la Ley le otorga, parece claro que su aplicación será casi siempre producto de su alegación por la parte demandada, pues a quien se dirige la carga preclusiva de la alegación en el proceso es a la actora, sin embargo nada parece impedir su apreciación de oficio trasladando las cualidades de cuestiones de orden público procesal de la litispendencia y de la cosa juzgada a este concreto precepto, siempre y cuando el tribunal constase con la información necesaria sobre ambos

1111 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil...*, cit., p. 1277.

procesos. Además, si el proceso en que se invoca la aplicación del art. 400.2 LEC cuenta con una sola causa de pedir que se ha de tener por deducida en un proceso anterior porque pudo alegarse y no se hizo, la petición del nuevo proceso queda desprovista de causa de pedir y ésta, resuelta virtualmente en el anterior proceso, tendrá que entenderse enjuiciada en el mismo sentido en que lo resultó la petición del primer proceso, es decir desfavorablemente puesto que, en caso contrario no se hubiese articulado de nuevo la acción. Siendo así, la desestimación de la demanda por estimación de una u otra excepción impediría la sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

Por último, cabe plantearse y ya ha sido así, si un hecho excluyente que pudo oponerse en un proceso anterior y que fundamenta una nueva acción, ahora como hecho constitutivo, debe también verse afectado por los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada previstos en este precepto. No parece que sea el caso puesto que el art. 400 y el art. 406.4 LEC imponen la carga de la alegación a la actora y demandante reconvenzional, respectivamente, pero sí parece justo que silenciando en un proceso como defensa un hecho excluyente que «diese al traste» con los hechos constitutivos de la demanda y adquiriendo firmeza la sentencia estimatoria de ese primer proceso, el demandado, actor en el segundo proceso, sufriese el efecto positivo o vinculante de la primera sentencia respecto a estos ahora constitutivos y viese desestimada su demanda.

3.8. Limitaciones a la cosa juzgada: el acceso a la verdad material

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula «tres medios de impugnación de la cosa juzgada»: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones en su artículo 228, la rescisión de sentencias firmes a instancias del rebelde en ciertos casos, en los artículos 501 a 508, y la revisión de las sentencias firmes, en los artículos 509 a 516. Incluye también la doctrina¹¹¹², pues no existe previsión legal alguna salvo en el proceso de ejecución (art. 538.2.2º, 2.3º y 3 y art. 704 LEC) la oposición de terceros perjudicados a los efectos reflejos de la sentencia, más que a la cosa juzgada.

Pueden mencionarse además, el amparo constitucional, como medio de protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, ya que su reconocimiento determina la nulidad de la resolución judicial y con ella la de las actuaciones que se señalen para el restablecimiento del derecho -desconociéndose, por tanto, la eficacia de cosa juzgada-, y, por último, la tutela jurisdiccional otorgada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹¹³, con joven reflejo en la normativa procesal interna, incardinado en el juicio de revisión de sentencias firmes, a través de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y con un incierto ámbito de aplicación, como se advertirá.

3.8.1. La revisión de las sentencias firmes

«La demanda de revisión constituye un remedio excepcional para quebrar la autoridad de la cosa juzgada en aquellos casos, tasados en la propia ley, en los que la seguridad jurídica (art.

1112 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., pp. 1297-1299.

1113 En cuya virtud «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil».

9.3 CE) deba ceder ante la justicia material (valor superior del ordenamiento jurídico, art. 1.1 CE)»¹¹¹⁴. El art. 236 LJS (Único del Título VI del Libro III) se destina a la Revisión y error judicial¹¹¹⁵, competencia y tramitación. Remite para la revisión de sentencias y laudos firmes a la LEC ampliando los motivos de su art. 510 con cualquier otra cuestión prejudicial penal (aparte de la falsedad documental) que dé lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo (art. 86.3 LJS), lo que no es equiparable a falta de prueba y con ella a la aplicación del principio de presunción de inocencia¹¹¹⁶. La solicitud de revisión se hará ante la Sala de lo Social del TS y no se celebrará vista salvo que lo acuerde la Sala o deba practicarse prueba. El depósito fijo es el señalado para los recursos de casación [seiscientos euros *ex art.* 229.1 b)] y la imposición de costas se rige por las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación (art. 235 LJS).

Determina también el precepto las causas de *inadmisión* de la demanda de revisión:

1. Que no concurren los requisitos y presupuestos procesales exigibles.
2. Que no se hayan agotado los recursos jurisdiccionales previstos para que la sentencia adquiriera firmeza.
3. Que se formule por los mismos motivos que pudieron plantearse en incidente de nulidad de actuaciones o mediante audiencia al demandado rebelde. Se trata de un «remedio procesal subsidiario»¹¹¹⁷, incluso a la vía de audiencia al demandado rebelde, si fuese posible¹¹¹⁸.
4. Cuando planteados esos motivos, se hubiesen desestimado por resolución firme.

Por último, el apartado segundo remite el proceso de error judicial: «destinado a reparar el daño producido por una resolución firme errónea que carece de posibilidad de rectificación por la vía normal de los recursos» a los trámites y requisitos de los arts. 292 y concordantes de la LOPJ. Además puntualiza que para depósitos, vista y costas rigen iguales reglas que para la revisión, y que el error no puede fundamentarse en pruebas distintas de las practicadas en el proceso que originó el presunto error.

La revisión de sentencias firmes se configura en la LEC como un proceso especial¹¹¹⁹. Se destacó por la doctrina la desaparición de la expresión *recurso* pues su naturaleza jurídica no es tal sino la de una acción impugnativa autónoma: «...se ha impuesto en la doctrina la opinión de que se trata de un nuevo proceso en el que se ejercita una pretensión autónoma (...) preferimos titular este epígrafe “el juicio de revisión” y podríamos titularlo también “el proceso de revisión”»¹¹²⁰,

1114 STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2016 (Rec. núm. 16/2013), F.J. 1º.

1115 No nos detenemos en este expediente. Para un estudio detallado de su caracterización y distinción de otras figuras con las que, en ocasiones, se confunde véase SEMPERE NAVARRO, A.V., «Sobre el artículo 236 LRJS (y II): revisión de errores judiciales», *Aranzadi Social* num. 1/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

1116 STS de 25 de febrero de 2004 (Rec. núm. 25/2002).

1117 STS de 7 de junio de 2012 (Rec. núm. 1/2011), F.J. 2º.

1118 STS de de 5 de mayo de 2011 (Rec. núm. 27/2010), F.J. 3º.

1119 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., p. 615.

1120 MONTERO AROCA, J. y otros, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, cit.

o: «La revisión es un *proceso autónomo y distinto* de aquél en que se dictó la sentencia cuya rescisión se pide. La acción que se afirma en la revisión es *una acción de impugnación autónoma*. La revisión no es, por tanto, un *recurso* frente a la sentencia firme»¹¹²¹. Se inicia con una demanda de revisión que se interpondrá ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo según el orden jurisdiccional del órgano u órganos jurisdiccionales ante el-los que se tramitó el proceso que culminó con la sentencia firme cuya rescisión se pretende con carácter general, o ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se haya tratado de la aplicación de derecho civil, especial o foral, propio de la Comunidad y así lo prevea el correspondiente Estatuto de Autonomía¹¹²². Si las contiendas son de régimen mixto, con fundamento conjunto en infracciones de Derecho civil común y foral, también serán competentes los Tribunales Superiores de Justicia¹¹²³.

Los presupuestos, razones, causa de pedir o motivos para su solicitud serán única y exclusivamente los previstos en el artículo 510 LEC, no procediendo, por tanto, su interpretación extensiva o su aplicación analógica¹¹²⁴. Se basan todos ellos en hechos no alegados ni discutidos en el proceso precedente y ocurridos fuera del mismo¹¹²⁵ y su objeto es poner de manifiesto que la sentencia fue ganada injustamente y, aunque no necesariamente, pudo tener otro contenido si se hubieran tenido en cuenta ciertos hechos que ahora se alegan –y antes no se pudieron alegar– o porque el resultado del litigio quedó condicionado o determinado por la comisión de un delito o por una maquinación fraudulenta. Por tanto, «No se trata de controlar si en ese proceso hubo errores *in iudicando* (en la valoración de las pruebas o en la aplicación de las normas jurídicas al fondo del litigio) o errores *in procedendo* (infracción de normas procesales). Para eso están los recursos ordinarios y, en su caso, los extraordinarios»¹¹²⁶.

Estos son los *motivos* que hacen posible la revisión de una sentencia firme:

1º Si después de pronunciada, se recobrasen 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.

Esta primera situación viene interpretándose conforme a los siguientes matices:

- Los documentos debieron de preexistir al momento en que precluyó la posibilidad de aportarlos, exigencia que se deduce de la expresión «se recobrasen u obtuvieren»¹¹²⁷.
- La alternativa entre obtener y recobrar hace dudar respecto al posible necesario conocimiento de la existencia de los documentos por la parte, más no concretando nada la norma, se

1121 DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal...*, cit., p. 527.

1122 Artículo 73.1.b), LOPJ. Se detallan las concretas previsiones o exclusiones legales de los distintos Estatutos de Autonomía en MONTERO AROCA, J., y otros, *El nuevo proceso...*, cit., p.557.

1123 PUIG BLANES, F., PÉREZ BORRAT, M.L. y SOAPEDRA NAVAS, F.J., «La revisión de sentencias firmes», *Práctica de los Procesos Jurisdiccionales* (Civitas), Aranzadi, enero de 2012 (BIB 2012\8054).

1124 DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal...*, cit., p. 528.

1125 MONTERO AROCA, J. y otros, *El nuevo proceso...*, cit., p. 555.

1126 DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal...*, cit., p. 528.

1127 Véase STS de 16 de enero de 2013 (Dda. Núm. 9/2012): documentos de fecha posterior de los que pudo disponer en el juicio y no lo hizo, así que ni los «recobró ni obtuvo» (F.J. 4º).

considera indiferente, y la expresión «obtuvieren» permite ambas interpretaciones¹¹²⁸, por lo que su conocimiento, en su caso, dificultará sin más la prueba sobre la imposibilidad de su aportación.

- La carga de la prueba sobre la fuerza mayor o actuación de la contraparte que determinó la no aportación del documento-s corresponde al demandante de revisión, excluyéndose los casos de culpa o negligencia de ésta [STS de 30 de mayo de 2006 (Dda. Núm. 29/2005). Se trataba de documentos de cotización fechados posteriormente pero a los que podía haber accedido para hacerlos valer en el juicio oral.]
- Lo decisivo del documento en cuestión se deducirá de su cualidad para cambiar el contenido de la sentencia en relación con el fallo, sin distinguirse clase alguna de documentos¹¹²⁹, aunque su naturaleza privada o pública otorgará, sin duda, mayor o menor margen para la valoración de esta necesaria cualidad decisoria.

Lo más frecuente es inadmitir o desestimar las demandas de revisión. Pero este motivo de revisión puede ilustrarse con la STS de 5 de febrero de 2014 (Demanda núm. 25/2013) cuyo fallo estimatorio rescinde la sentencia del juzgado de lo social gracias a un Oficio de la Seguridad Social brasileña de fecha posterior a la sentencia y con datos anteriores al proceso original que sustituye al anterior, de igual clase, porque contenía errores que esa administración reconoce y detalla expresamente. La Sala Cuarta argumenta que «No estamos, pues, ante la situación de un documento de elaboración posterior, sino de la recuperación de un documento que no pudo obtenerse por inoperancia, omisiones, negligencias, defectuosa actuación o errores no imputables al beneficiario de la prestación, en cuya mano no estaba otra forma de acreditación del hecho básico sobre el que se fundamentaba su derecho a la prestación» (F.J. 2º). Además, obvia que el demandante, que no lo hizo, hubiese podido recurrir en suplicación por cuanto «tal exigencia habría de vincularse a la posibilidad de que el recurso pudiera prosperar para salvar la cuestión que ahora se suscita con la revisión. De ahí que no podamos exigir que la suplicación hubiera de haberse intentado a toda costa, cuando, a la luz de los documentos obrantes en los autos en ese momento, la revisión fáctica devenía imposible. Tal estricto modo de interpretar este requisito llevaría a un formalismo absurdo carente de toda finalidad y eficacia» (F.J. 3º).

2º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declarare después penalmente. Sobre la falsedad documental se exige:

- Que exista sentencia penal condenatoria, no siendo suficiente con el reconocimiento de la falsedad por su autor.
- La sentencia penal ha de ser posterior a la posibilidad de su alegación, por tanto si es anterior a la sentencia firme cuya rescisión se solicita se habrá de probar su desconocimiento.

1128 MUERZA ESPARZA, J., «Comentario al artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivos de la revisión», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, enero 2001 (BIB 2001\2571).

1129 MONTERO AROCA, J., y otros, *El nuevo proceso...*, cit., p. 555 y DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 528.

- Si la sentencia recayó en virtud del documento que al fin resultó falso, deberá tratarse, como en el caso anterior, de un documento decisivo que de haberse ignorado podría haber determinado otro fallo en la sentencia¹¹³⁰.
- Puede apreciarse el motivo si la sentencia penal es absolutoria por prescripción del delito de falsedad porque en ella se contiene la declaración probada de la falsedad¹¹³¹ pero en ningún caso si se decreta el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias previas [STS, Sala Social, de 27 de julio de 2013, (Rev. núm. 29/2012), F.J. 4º).

3º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

Incluye este motivo la prueba pericial falsa cuando no lo hacía su predecesora. Resulta ser el presupuesto que menos precisiones requiere y también el menos invocado. Se requiere:

- Sentencia penal condenatoria firme del testigo-s o perito-s.
- La relevancia para el fallo del testimonio o dictamen pericial¹¹³².

La singularidad del caso, debido a las poquísimas demandas de revisión que se interponen por este motivo, hace de obligada mención la STS de 4 de junio de 2008 (Rec. núm. 15/2007)¹¹³³. En proceso por despido se declaró improcedente porque se tuvo por probado que se produjo verbalmente a través de comunicaciones telefónicas. El actor así lo afirmó y se sirvió de dos testigos que declararon confirmando el dato. La empresa se querelló contra los tres y fueron condenados penalmente. La Sala Cuarta estimó la demanda de revisión y aunque se dirigía sólo frente a la del Juzgado de lo Social, habiendo mediado recurso de suplicación que la confirmara, rescindió ambas resoluciones.

4º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. Reúne este apartado cuarto tres motivos que se destacan brevemente por separado.

- Cohecho: tipificado en el artículo 419 y siguientes del Código Penal, esta conducta delictiva exige, como siempre, su condena en sentencia penal firme en relación con el juez o al menos un magistrado de los que conforman la Sala, si fue un órgano colegiado el que dictó la sentencia firme en cuestión.
- Violencia: el artículo 238 de la LOPJ incluye entre los casos de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales los que se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave (2º). En estos casos el tribunal declarará nulo todo

1130 *Ut supra*, p. 555 y pp. 528-529, respectivamente.

1131 MALDONADO RAMOS, J., «Artículo 510. Motivos», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 2537.

1132 MONTERO AROCA, J., y OTROS, *El nuevo proceso...*, cit., p. 556, y DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 529.

1133 Comentada por SEMPERE NAVARRO, A.V., «Revisión de sentencia firme por falso testimonio», *Repertorio de Jurisprudencia* num. 16/2008, Aranzadi, Cizur Menor, 2008 (BIB 2008\1976).

lo practicado tan pronto como se vea libre de ella, por lo que sólo se solicitaría la revisión de la sentencia firme si primero el tribunal que la dictó niega la existencia de violencia, supuesto este más probable cuando quien sufrió la violencia no fue el tribunal sino alguna de las partes y/o su procurador o abogado y aquél no lo apreció. Estos supuestos y los de maquinación fraudulenta son mucho más amplios que el cohecho porque comprenden tanto conductas delictivas como ilícitos civiles¹¹³⁴.

- Maquinación fraudulenta: es la causa que más se invoca en solicitud de revisión de sentencia firme. Conforme a los pronunciamientos del Tribunal Supremo «cabe decir que constituye maquinación fraudulenta cualquier conducta dolosa o gravemente negligente de una de las partes (realizada por sí misma o con auxilio de un tercero) que impide o dificulta gravemente la conducta del adversario y que tuvo influencia en el sentido del fallo de la sentencia cuya rescisión se solicita»¹¹³⁵. O de forma más específica: «artificio puesto en práctica con intención maliciosa de llevar a la parte contraria, mediante engaño, a una situación desfavorable, que le acarrea una real indefensión, integrándose en este concepto la intencionalidad de la conducta y la eficiencia en la producción del resultado (...) es necesaria la prueba cumplida de los hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido obtenida por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario» (STS de 31 de enero de 2006, Dda. Núm. 44/2004, F.J. 2º). Los supuestos más frecuentes consisten en hacer ver que se ignora el domicilio o incluso el nombre del demandado, ocultándolo realmente, logrando así inefectivos emplazamientos por edictos y evitando su personación y defensa en el proceso.

5º Como se ha anticipado, no hace ni dos años que la LO 7/2015 introdujo el art. 5 bis LOPJ. Dispone que se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la 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 la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Existía hasta entonces un absoluto vacío legal en relación con la ejecución de sentencias del TEDH, y el Pleno de la Sala de lo Penal del TS hubo de adoptar un Acuerdo No Jurisdiccional (21 de octubre de 2014) en virtud del cual: «En tanto no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECri. cumple este cometido», limitado a la condena criminal.

El problema se concreta en la imposibilidad de ejecutar las sentencias de estos tribunales internacionales y de su incompatibilidad con la sentencia nacional que requeriría su revisión en tanto que firme, lo que a su vez es presupuesto de acceso al TEDH. El ATC 119/2010 de inadmisión del recurso de amparo contra una Sentencia de la Audiencia Provincial, en ejecución

1134 MUERZA ESPARZA, J., «Comentario al artículo 510...», cit.

1135 DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal...*, cit., p. 529. MONTERO añade «...o provoca el error del juzgador», MONTERO AROCA, J., y otros, *El nuevo proceso...*, cit., p. 556.

de Sentencia dictada por el TEDH, recordaba su doctrina general: las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo «tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican, por sí mismas, los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio. Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (...) no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del TEDH mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio, ni tampoco confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el Derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria» (F.J. 2º).

El referente para fundamentar éste y otros recursos de amparo anteriores fue la STC 245/1991 (caso *Bultó*) que reconoció efectos anulatorios sobre las resoluciones judiciales internas a una Sentencia del TEDH. Pero el TC reitera siempre que tuvo «un carácter rigurosamente excepcional por las muy especiales circunstancias que se dieron en el caso». Se trató de un proceso penal, subsistían los efectos de la violación y afectaba a la libertad personal de los demandantes.

No es raro, por tanto, que otras Sentencias posteriores suscitasen análisis concienzudos en relación con esta cuestión. Las SSTC 313/2005 y 197/2006¹¹³⁶ frustraron las expectativas de los recurrentes en amparo. La doctrina académica señalaba que «la clave para reconocer eficacia ocasional a los pronunciamientos del TEDH y, al tiempo, dar un cierto contenido a la excepción admitida por el TC, pasa por dispensar tutela a aquellos que, tras obtener sentencia favorable del TEDH, siguen sufriendo las consecuencias del pronunciamiento censurado (...) el desamparo deriva de negar carácter actual o persistente a la lesión sufrida...»¹¹³⁷, pero desde otra perspectiva¹¹³⁸ y comparando el excepcional amparo *Bultó* con los desamparos posteriores: privación de libertad, privación de la propiedad y privación de empleo, que también pervivían (lesión «actual») se asignó el desigual trato constitucional a «la gravedad de los efectos de la lesión del derecho, y no tanto en la pervivencia de los efectos de esa lesión en el tiempo».

Con las Disposiciones Finales de la LO 7/2015 e idéntica dicción a la asignada al art. 5 bis LOPJ se amplió el ámbito objetivo de la demanda de revisión de sentencias firmes en la LEC –art. 510.2-, en la LRJCA –art. 102.2-, en la LOPM –art. 328.2- y en la LECrim –art. 954. 2-. Sin embargo, a la vista queda que el legislador no aprovechó la ocasión para extender el juicio de revisión a través de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y la doctrina jurisprudencial se respalda en ello: «En nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se

1136 Comentada por SEGALÉS FIDALGO, J., «La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre derechos de ciudadanía en la empresa», *Aranzadi Social* num. 2/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007 (BIB 2007\362), y por TORRES PÉREZ, A., «Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España», *Revista Española de Derecho Europeo* num. 21/2007, Civitas, Pamplona, 2007 (BIB 2007\97).

1137 SEGALÉS FIDALGO, J., «La ejecución de sentencias...», cit.

1138 TORRES PÉREZ, A., «Fuentes Bobo y...», cit.

trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 2 del art. 510 LEC), en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE»¹¹³⁹.

Los efectos sobre sentencias firmes de pronunciamientos emitidos por tribunales internacionales, en términos generales, y a pesar de la ampliación legal, no han debilitado la autoridad del instituto de la cosa juzgada. También es evidente que los preceptos gemelos incluyen ambos cánones previamente constitucionalizados: *naturaleza y gravedad* de los efectos y que *persistan*. Por tanto, volvemos al origen del problema, por cuanto ambos criterios no delimitados legalmente seguirán acompañados de incertidumbres y, con ellas, de una gran dosis de inseguridad jurídica. Aunando el problema de la incompatibilidad de sentencias firmes nacionales con las del TEDH y las del TJUE, ha habido también propuestas de solución¹¹⁴⁰ que apuntaban al «incidente» de nulidad de actuaciones a plantear directamente ante el Tribunal Constitucional. Pero la regulación legal de este mecanismo otorga competencia para su resolución al juzgado o tribunal que dictó la sentencia firme.

En el ámbito civil y en relación con los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo, la Sala Primera ha dictado Auto de 4 de abril de 2017 (Rec. núm. 7/2017) por el que inadmite a trámite una demanda de revisión de sentencia firme, cuya doctrina interesa atender y de la que trasladamos tan sólo su conclusión final: «El principio de equivalencia impone la revisión de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional, con base en una sentencia posterior del TJUE que sea incompatible con la jurisprudencia nacional, si el ordenamiento interno establece que cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia. Como hemos explicado, ese no es el caso de España, cuyo ordenamiento interno no permite que un cambio en la jurisprudencia permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia. Por tanto, el principio de equivalencia no impone que, con base en una sentencia del TJUE cuya doctrina sea incompatible con sentencias firmes dictadas con anterioridad por los tribunales nacionales, se admita la revisión de tales sentencias firmes» (F.J. 7º).

La *legitimación* para ser parte en el proceso de revisión de sentencias firmes, se otorga activamente «a quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada» (art. 511). La doctrina¹¹⁴¹ ha considerado que «la expresión parte resulta injustificadamente restrictiva, porque parece aludir a quienes hubieran sido demandantes o demandados en el proceso en el que se hubiera producido la cosa juzgada. Lo relevante es a quién afecta la cosa juzgada (art. 222. 3 LECiv): quienes según la norma resultan afectados por ella han de poder utilizar el medio legal para eliminar, en los casos procedentes, la eficacia de cosa juzgada», así como que «Aunque la LEC, como la LECA, exige para poder instar la revisión el haber sido parte en el proceso anterior, la doctrina y la jurisprudencia sostienen la necesidad de permitir en ciertos casos instar la revisión a un tercero que se ha visto claramente perjudicado por la sentencia (por ejemplo, en aquellos casos en que la sentencia firme dictada fue el resultado de un fraude de acreedores»¹¹⁴².

1139 STS, Sala Primera, de 18 de febrero de 2016 (Rec. 67/2013).

1140 RUIZ ZAPATERO, G.G., «Revisión de resoluciones judiciales firmes incompatibles con Sentencias del TEDH y del TJUE», *Revista Quincena Fiscal* num. 6/2010, Aranzadi, Cizur Menor, 2010 (BIB 2010\279).

1141 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., p. 616.

1142 DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal...*, cit., p. 530.

En este sentido se expresaba la Sala en su STS de 28 de abril de 2003 (Rec. núm. 1094/2001): «La adición del predicado nos indica que el legislador confiere también la aptitud de conducción del proceso revisorio a aquellos a quienes válida y eficazmente pudieron haber sido partes en el proceso antecedente» (F.J. 6º)¹¹⁴³.

Sin embargo, en el supuesto del novedoso apdo. 2, sólo la podrá solicitar quien hubiese sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TS deduce la doble exigencia de haber sido parte en el proceso y, además, perjudicada, y pasivamente el Tribunal emplazará a cuantos hubieren litigado en el pleito «cuya sentencia se impugne» (art. 514); Además intervendrá en todo caso, aunque en calidad de informante, el Ministerio fiscal (art. 514. 3) por razones obvias. Por lo que al procedimiento se refiere, viene siendo tradicional la coexistencia de dos plazos, ambos de caducidad, para ejercitar la acción de revisión. El primero, absoluto, de cinco años (art. 512. 1) «desde la fecha de publicación de la sentencia que se pretende impugnar», pues pasado el mismo se inadmitirá a trámite la solicitud de revisión. Por tanto, siempre dentro de este primer plazo juega el segundo, relativo, de tres meses (art. 512. 2) contado «desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad». Es decir, será la parte demandante quien deba probar o justificar el *dies a quo* «por lo que no debe decidirse sobre su cumplimiento hasta después de tramitado el juicio de revisión y oído el Ministerio fiscal»¹¹⁴⁴. La doctrina¹¹⁴⁵ concluye que publicación equivale a notificación a la parte interesada puesto que el término con la LEC y la CE en la mano, equivaldría a pronunciar la sentencia en audiencia pública, obligación que se incumple sistemáticamente. Otro sector¹¹⁴⁶ no repara en este aspecto puesto que la fecha de publicación es «un *dies a quo* objetivo y no sujeto a discusión».

A la demanda, que se sujetará a los requisitos de contenido previstos para el juicio ordinario (art. 399), se acompañará documento justificativo en relación con el depósito exigido (art. 513) so pena, tras no subsanar en plazo, de repeler «de plano la demanda». Admitida a trámite la demanda mediante auto, el tribunal, sucesivamente, solicitará la remisión de las actuaciones y emplazará a quienes fueron litigantes en el pleito, o a sus causahabientes. Transcurrido el plazo de veinte días para contestar a la demanda se citará a las partes a una vista -«tramitación establecida para los juicios verbales» (art. 514. 2)- donde alegarán y probarán y, probablemente también en este acto, informará el Ministerio fiscal. «Las demandas de revisión no suspenderán la ejecución de las sentencias firmes que las motiven» (art. 515)¹¹⁴⁷ aunque podría solicitarse y conseguirse previa exigencia de caución y oyendo el parecer del Ministerio fiscal (art. 566).

Interesa, por último, recordar los efectos de este proceso según el pronunciamiento de la decisión judicial emitida sobre la solicitud de revisión tramitada. Con la sentencia desestimatoria de la revisión solicitada, la sentencia firme se mantiene invariada, condenando en costas al demandante y perdiendo el depósito que hubo realizado (art. 516. 2). El interés se encuentra en la sentencia que estima la solicitud de revisión con el efecto rescindente o negativo que opera en

1143 Recordado en STS de 7 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 50/2003), F.J. 5º.

1144 MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., p. 557.

1145 DE LA OLIVA y DÍEZ-PICAZO, *Derecho Procesal...*, cit., p. 531.

1146 MONTERO AROCA, J., y otros, *El nuevo...*, cit., p. 557

1147 «De lo contrario, se estaría estimulando la presentación de demandas sin fundamento cuyo único objeto fuera paralizar la ejecución.», DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 532.

el proceso en el que se dictó la sentencia firme impugnada. «Si el tribunal estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindiré la sentencia impugnada.» (art. 516. 1), si bien ante una pluralidad de pronunciamientos, la rescisión afectaría sólo a alguno de ellos, «según lo afectado por las causas de revisión estimadas»¹¹⁴⁸. La situación entre las partes vuelve a ser la misma que mantenían antes de la iniciación del proceso por lo que la repetida rescisión es total como si el proceso y la sentencia nunca se hubieren producido¹¹⁴⁹. Si alguna de las partes por tanto decide iniciar un proceso con la misma pretensión en ningún caso le será oponible la cosa juzgada aunque «en este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión» (art. 516. 1)¹¹⁵⁰. La sentencia dictada por el Tribunal de revisión es irrecurrible (art. 516.3 LEC) pero esa «firmeza originaria es compatible con la puesta en juego de otros remedios excepcionales», cabe interponer recurso de amparo ante el TC y «aunque ello sea entrar en un extraño bucle, podría pensarse en interponer una nueva revisión frente a la sentencia recaída en tal tipo de proceso»¹¹⁵¹.

3.8.2. La audiencia al rebelde

El art. 185 LJR bajo la rúbrica «Especialidades» y constituyéndose en el único precepto que da contenido al Título III «De la audiencia al demandado rebelde» del Libro II, remite para los procesos en que no haya comparecido el demandado a las normas de la LEC (arts. 496-508). Enumera siete especialidades que parten de la previsión del art. 83.3 LJS. 1. «No será necesaria la declaración de rebeldía del demandado que, citado en forma, no comparezca al juicio».

Por lo que ahora atañe y antes señalar las especialidades incluidas en la LJS, nos limitamos a atender a las previsiones sobre la pretensión de rescisión de la sentencia firme por el demandado que, lógicamente, ha permanecido en rebeldía durante todo el proceso. El art. 501 LEC le faculta para solicitar la rescisión en tres casos: 1. Fuerza mayor ininterrumpida que le impidió comparecer, 2. Desconocimiento de la demanda y del pleito, bajo la condición de que la citación o emplazamiento se realizase por cédula y no hubiese llegado a su poder por causa no imputable a él, y 3. El mismo supuesto anterior, si se utilizaron edictos y estuvo ausente del lugar donde se siguió el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o Comunidad Autónoma en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado.

Los plazos para solicitar la audiencia coinciden en la LJS (regla 3ª) y en la LEC (art. 502.1): veinte días desde la notificación personal de la sentencia o desde que conste su conocimiento, y, en todo caso, cuatro meses desde la notificación de la sentencia en el Boletín Oficial, respecto a los que la LEC (art. 502.2) faculta su prolongación hasta un máximo de dieciséis meses para la situación de subsistencia de la fuerza mayor ininterrumpida. La solicitud y tramitación, a través

1148 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, cit., p. 617.

1149 «No obstante, la mejor doctrina ha puesto de manifiesto que sería razonable en ciertos casos que la rescisión del proceso no fuera total, sino parcial», DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal...*, cit., p. 532.

1150 «La única limitación a la *restitutio in integrum* proviene de la salvaguarda de los derechos adquiridos conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria, que se refiere al tercero de buena fe que hubiera adquirido a título oneroso de alguien que pudiera transmitir con arreglo al Registro.» MONTERO AROCA, J., y otros, *El nuevo proceso...*, cit., p. 559.

1151 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Sobre el artículo 236 LRJS (I): revisión de sentencias o laudos firmes», *Aranzadi Social* num. 11/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\474).

del proceso ordinario, se hará ante el tribunal que dictó la sentencia firme (reglas 4ª, 5ª y 6ª LJS). La legitimación activa se otorga a quienes hayan sido parte en el proceso (art. 504.2 LEC) y contra la sentencia cabrá el correspondiente recurso devolutivo (art. 507.1. regla 3ª LEC).

Añade la LJS (regla 7ª) que si la pretensión de nulidad de la sentencia firme se fundamenta en defectos de forma que hayan causado indefensión, se tramitará por la vía de nulidad de actuaciones *ex art. 241 LEC*, de concurrir los presupuestos. En realidad ambos mecanismos comparten un mismo objetivo: combatir la indefensión de la parte, pero la utilización de uno u otro depende de las condiciones del caso. Por ello «La finalidad de la audiencia al rebelde, inspirada en el apotegma jurídico *nemo debet inaudito damnari*, descansa en el deseo de evitar la condena de quienes se vean en la imposibilidad de defenderse a causa del desconocimiento de la existencia del proceso»¹¹⁵². Sin embargo, hace años planeaba el dilema sobre la corrección en su uso. El TC en su Sentencia 310/1993 así lo reconoció: «Sólo tras la STC 185/1990 han quedado resueltas las vacilaciones jurisprudenciales en esta materia, y definitivamente asentada la inutilidad e improcedencia de los incidentes de nulidad de actuaciones suscitados tras haber recaído Sentencia firme (...). Por ello, siguiendo la doctrina sentada, entre otras, en las SSTC 131/1992, fundamento jurídico 2º, 156/1992, fundamento jurídico 2º, 74/1993, fundamento jurídico 2º, y 192/1993, fundamento jurídico 1º, ha de concluirse que el modo de proceder de los actores no puede ser considerado fuera del grado de diligencia procesal exigible a sus asesores legales, dado el tenor de la legislación en la materia y su estado incipiente de clarificación jurisprudencial en el tiempo en que llevaron a cabo su actuación en el proceso» (F.J. 4º).

La STC 134/1995 le otorgó el siguiente tratamiento: «el que algunos califican como remedio y la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 733), matriz y por tanto supletoria en los demás sectores jurisdiccionales llama sencillamente audiencia al rebelde, parece a primera vista y sin más averiguaciones la vía más idónea para solucionar situaciones anómalas o patológicas como esta de la que se pide amparo, por haber recaído dos Sentencias firmes, con pronunciamientos gravosos para quien resulta su víctima, inaudita parte, sin haber tenido la oportunidad de ser oído y, por tanto indefenso en principio. Este procedimiento, que permite el art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya validez constitucional hemos reconocido, permite precisamente poner remedio a este tipo de situaciones cuando el vicio causante de la indefensión se descubre una vez pronunciada Sentencia y, por ser firme, no impugnabile por tanto con los medios ordinarios - recursos- (STC 185/1990). Así las cosas, es en este caso un instrumento, procesal previo al amparo, pues quien lo utilizó había sido citado y emplazado edictalmente, sin que compareciera en juicio (arts. 182 L.P.L. y 785 L.E.C), dando lugar a la situación de rebeldía» (F.J. 1º), y en la STC 15/1996: «Para la Ley de Enjuiciamiento Civil (Título IV del Libro II), a la que se remite la de Procedimiento Laboral, la audiencia al rebelde representa un medio para obtener la rescisión de una Sentencia firme, configurada como una acción impugnativa autónoma que pueden utilizar los demandados que hayan estado permanentemente en rebeldía, con un carácter estrictamente subsidiario, por lo que no procede cuando, por habersele notificado personalmente, el demandante hubiese podido interponer algún recurso procedente (art. 771) o cuando, aun notificada por edictos, hubiese sido recurrida (art. 772), como, por último, tampoco procede contra Sentencias dictadas en juicios que no impiden promover otro proceso posterior sobre el mismo objeto (art. 789). Este carácter subsidiario frente a Sentencias firmes responde, en la regulación de este instituto procesal, a la doble exigencia de atender a la solución de los supuestos de indefensión producidos

1152 MEDINA CASTILLO, J.E., «De la audiencia al demandado rebelde», en AA.VV., (Dir. MONERÉO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social*, cit., p. 1042.

por deficientes emplazamientos o imposibilidad material de personación, así como a las derivadas de la seguridad jurídica, que excluye una extensión desordenada de su ámbito, que pudiese poner en peligro la confianza en la cosa juzgada más allá de los casos en que sea estrictamente necesario a fin de remediar aquellas situaciones reales de indefensión y, en cualquier caso, dentro de unos plazos razonables» (F.J. 2º).

También se ha utilizado indebidamente la demanda de revisión de sentencias firmes cuando lo procedente hubiese sido la solicitud de audiencia del rebelde. Así ocurrió en la STS de 5 de mayo de 2011 (Rec. Revisión núm. 27/2010): «habida cuenta de que el domicilio empresarial radicaba realmente en Sevilla y que, tanto el edicto de citación a juicio como aquél mediante el que se le notificó la sentencia recaída tuvieron lugar en el Boletín Oficial de la provincia de Cáceres (de la que puede presumirse que habría estado ausente cualquier representante de la empleadora), resulta de ello que la situación de ésta era la prevista en el número 3º del art. 501 de la LECv, de tal suerte que cuando el representante procesal de dicha empleadora compareció ante el Juzgado -teniendo ya conocimiento de que en el mismo había recaído la sentencia que ahora pretende rescindir- no habían transcurrido aún los tres meses que establece el art. 183 de la LPL en la 3ª de las especialidades que contempla respecto de la audiencia al rebelde en el proceso laboral. Pudo, pues, haber acudido a esta forma de ataque a la sentencia, con lo que habría evitado la interposición de la demanda que aquí nos ocupa» (F.J. 3º). A la vista de la evolución jurisprudencial y del tenor de la LEC, puede concluirse que la vía de la audiencia al demandado rebelde es la oportuna cuando la situación concreta encaje en alguno de los casos expresamente previstos en el art. 501 LEC¹¹⁵³.

3.8.3. El incidente de nulidad de actuaciones

La existencia de un incidente de nulidad de actuaciones frente a resoluciones firmes se considera algo conveniente para remediar determinados supuestos de vulneración de derechos fundamentales procesales sin necesidad de acudir en amparo ante el TC. Pero no siempre ha sido así. La STC 185/1990 despejó la duda de inconstitucionalidad del primitivo artículo 240.2 LOPJ que no permitía la nulidad de actuaciones tras la firmeza de la sentencia porque la tutela podía obtenerse directamente del propio TC. Hubo quien¹¹⁵⁴ se mostró contrario a la posibilidad de este incidente con la siguiente argumentación: «Pero, evidentemente, esa petición para que el propio juez o tribunal ordinario remedie inmediatamente indefensiones que, en muchos casos, hasta resultan ostensibles, se opone a la prohibición legal del art. 240.2 y también al principio de seguridad jurídica. Las consecuencias de una práctica en este sentido respecto de la institución procesal podrían dar al traste con las garantías que el mismo significa y producir un vaciamiento del art. 9.3 de la Constitución en este aspecto. Si trascendente es la defensa de los derechos fundamentales en cuestión, no lo es menos esta garantía que, no hay que olvidarlo, engloba a su vez la del derecho fundamental de la otra parte procesal y de los terceros indirectamente afectados. Por otra parte, el subsidiario recurso de amparo permite remediar aquella indefensión, aún a costa de una adicional carga procesal, mientras que ningún recurso de semejante eficacia se ofrece para restablecer la confianza en el principio de seguridad jurídica».

1153 GOERLICH PESET, J.M., «Recursos contra sentencias firmes», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El proceso laboral*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1896-1897.

1154 GABALDÓN LÓPEZ, J., «Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 30, 1993, pp. 277-301.

Sin embargo, la Ley Orgánica 5/1997, de reforma de la LOPJ que introdujo el incidente añadiendo los apartados 3 y 4 al art. 240, en su Exposición de Motivos (1) se justificaba en estos términos: «Resulta apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que «hubiere recaído sentencia definitiva».

Los problemas planteados, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional en distintas sentencias y la ya larga persistencia de una situación muy grave para los justiciables y también sumamente inconveniente, en otro orden de cosas, para el propio Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual.

La Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible.

Con esta reforma, queda planteada en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución (...), acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales».

En principio, las distintas infracciones procesales han de ser corregidas, de oficio o a instancia de parte en el propio proceso a través de los expedientes procedimentales que se establezcan al efecto, pero no siempre resulta posible, y el ordenamiento jurídico, consciente de que en ocasiones las infracciones procesales determinan también violaciones de derechos fundamentales garantizados por el art. 24 CE que no han podido ser denunciadas y/o corregidas, posibilita el recurso de amparo ante el TC, pero «dada la naturaleza e importantes funciones del TC, no parece razonable que éste se convierta en el único órgano que pueda poner remedio a esas vulneraciones. Sobre todo, cuando se trata de violaciones claras que los tribunales ordinarios pueden solventar de manera más sencilla y en mucho menos tiempo que el TC»¹¹⁵⁵. Precisamente la pretensión de agilidad parece ser la razón por la que se ha concebido como incidente y no como recurso¹¹⁵⁶.

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LOTC dio nueva redacción al primer párrafo del art. 241.1 de la LOPJ, a través de su DF 1^a. El mismo contenido presenta el art. 228 LEC y la LJS remite a la vía del art. 241 LOPJ en relación con la audiencia al demandado rebelde (regla 7^a). Hasta entonces el ámbito objetivo de este medio de impugnación estaba restringido a reparar los defectos de forma que hubieran causado indefensión o la incongruencia del fallo. Su Exposición de Motivos justificó la reforma con estas palabras: «La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de

1155 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, (con DE LA OLIVA), *Derecho procesal...*, cit., pp. 538-539.

1156 *Ut supra*, p. 538.

los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico» (III). Y lo cierto es que a partir de su entrada en vigor el TC se ha visto muy aliviado en su actividad de amparo. Pero tan importante como este dato es que ha desaparecido la inseguridad que al justiciable le ocasionaba la ausencia de certeza sobre qué concretos de los posibles vicios formales causantes de indefensión «podían y/o habían» de pasar por el trámite del repetido incidente¹¹⁵⁷.

De las dos reglas del art. 241.1 LOPJ es la segunda, la excepción, la que interesa: «1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, *excepcionalmente*, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario». Es palpable que el proceso a afectar por la nulidad ha de contar con resolución firme así como que si la vulneración del derecho fundamental no pudo denunciarse antes del auto o sentencia definitiva, y firmes, es muy posible, aunque no sólo, que sea la resolución quien implica la lesión inconstitucional.

Los motivos: «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE» incluye tanto a los de naturaleza material como procesal y «lo nuevo es que ya no hay alusión a la indefensión»¹¹⁵⁸. A pesar de su denominación legal, es «algo» más parecido a la impugnación de la cosa juzgada que un incidente porque éste precisa de un proceso en trámite que para esta nulidad ya ha concluido con resolución firme¹¹⁵⁹. Tampoco es un recurso, pero el TC se refiere a él en estos términos: «el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, sin embargo es un cauce procesal que al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado por este Tribunal desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido»¹¹⁶⁰.

Las características que atribuye la doctrina¹¹⁶¹ a este incidente «no incidente» son las siguientes: es excepcional porque es un remedio procesal que cabe contra resoluciones firmes, es extraordinario porque se somete a requisitos de esta naturaleza (puede fundarse en cualquier vulneración de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE) y es subsidiario por dos razones: no se ha podido denunciar la infracción antes de dictarse la resolución que pone fin al proceso que, además, no admite recurso ordinario o extraordinario para reparar el vicio de nulidad, y es subsidiario respecto al recurso de amparo: primero el incidente, después el amparo constitucional. Es obvio que al justiciable le cuesta menos tiempo y dinero plantear la nulidad de actuaciones que

1157 ZAPIRAIN BILBAO, A., «La precaria delimitación de fronteras entre motivación...», cit., También, TASCÓN LÓPEZ, R., «Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el orden social de la jurisdicción», *TEMAS LABORALES*, NÚM. 86/2006, Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de relaciones Laborales, 2006.

1158 MONTERO AROCA, J., *El proceso civil*, cit., p. 1294.

1159 *Ut supra*, p. 1295.

1160 STC 9/2014, F.J. 5º.

1161 ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme*, Dykinson, 2014, p. 34.

acudir en amparo al Tribunal Constitucional, pero su pertinencia independientemente del tenor de su resolución no siempre es clara. Así que, con ello y a pesar de ello, su articulación también se interpreta en ocasiones como maniobra dilatoria para plantear el amparo y ganar una «prórroga indebida del plazo establecido en el art. 44.2 de la LOTC»¹¹⁶².

Esta fue la imputación que el Ministerio Fiscal dirigió a la recurrente en el recuso resuelto por la STC 39/2016. Sin embargo, el Máximo Intérprete observó la situación con otros «ojos» y argumentó que: «en relación con la formulación del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), este Tribunal ha afirmado que cuando es admitido a trámite, analizado y resuelto por el órgano judicial, aunque pudiera resultar dudosa su utilización, debe rechazarse este óbice procesal si la demanda de amparo se presenta ante este Tribunal dentro del plazo previsto en el art. 44.2 LOTC, contado a partir de la fecha en la que los órganos judiciales dieron por agotada la vía judicial al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones (...). La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva a concluir que la formulación del incidente de nulidad de actuaciones no puede considerarse como un recurso manifiestamente improcedente cuya interposición conlleve un alargamiento indebido de la vía judicial previa al recurso de amparo, puesto que el propio órgano judicial ante el que se promovió el incidente, lo admitió a trámite, dio traslado de la pretensión anulatoria a las demás partes, lo analizó y lo resolvió con un pronunciamiento desestimatorio» (F.J. 2º).

La competencia para conocer de este incidente es del mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza y el plazo para postular la nulidad es de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal puede: inadmitirlo a trámite por pretender suscitar otras cuestiones más allá de la nulidad de pleno derecho. Lo hará mediante providencia sucintamente motivada y contra esta resolución no cabrá recurso alguno. Si admite a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en las vulneraciones referidas, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se base a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará por medio de auto al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros. Con ello, se podrá ir en amparo al TC. Contra la resolución que resuelve el incidente, en un sentido u otro, no cabe recurso alguno.

1162 CARRASCO DURÁN, M., «El incidente de nulidad de actuaciones: problemas y algunas soluciones», *Aranzadi Doctrinal*, num. 3/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

En el proceso laboral, y a la vista de los últimos Autos dictados por la Sala Cuarta parece ser una constante que el incidente se promueva «a la desesperada» con el ánimo de obtener sencillamente nuevos pronunciamientos favorables a las pretensiones planteadas. Se utiliza como una inexistente tercera o cuarta instancia. El extenso ATS de 15 de febrero de 2017 [(Pleno) Rec. núm. 2407/2014] –que cuenta con un Voto Particular– es un referente en cuanto a los razonamientos doctrinales que le han llevado al Acuerdo de desestimar el incidente. Pero la Sala ha dictado otros anteriores AATS de 2 de febrero de 2017 (Rec. núm. 1990/2015), de 18 de enero 2017 (Rec. núm. 1150/2015), de 17 de enero de 2017 (Rec. núm. 2864/2015), de 11 de enero de 2017 (Rec. núm. 3228/2015) y de 9 de enero de 2017 (Rec. núm. 2739/2015), entre otros por citar algunos de los últimos, y también posteriores AATS de 16 de febrero de 2017 (Recursos núms. 2967/2015 y 3788/2014) todos ellos desestimatorios, que permiten alcanzar esa conclusión.

Entre las Salas de suplicación es más fácil encontrar autos que estiman el incidente. Se citan algunos recientes: ATSJ Andalucía (Sevilla) de 29 de junio de 2016 (Rec. 1018/2015) donde previamente se pidió complemento de sentencia, ATSJ Madrid de 19 de abril de 2016 (Rec. 702/2015), AATSJ Andalucía (Sevilla) de 28 de enero de 2016, de 25 de marzo de 2015, de 18 de marzo de 2015 (Recs. 2998/2013, 680/2014 y 2840/2013, respectivamente) y ATSJ Cataluña de 22 de octubre de 2012 (Rec. 16/2012), entre otros.

4. La ejecutividad de las sentencias sociales

En el derecho fundamental a la tutela judicial se han distinguido¹¹⁶³ cuatro tipos de efectividad según su grado de formalidad. La de primer grado «garantizaría simplemente al ciudadano la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional», la de segundo grado «exigiría además que la respuesta resolviera el problema planteado», la de tercer grado «garantizaría que la solución fuera razonable y extraída del ordenamiento jurídico» y la de cuarto «aseguraría la ejecución de la decisión tomada».

La Constitución española proclama que las sentencias son de obligado cumplimiento, que se prestará la colaboración requerida por los tribunales para ejecutar lo resuelto (art. 118) y que la ejecución de lo juzgado es competencia exclusiva de los últimos (art. 117. 3). Los términos legales en que ha de realizarse se determinan por el legislador pero al tratarse de un contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva quedan sometidos a los límites que pudieran implicar obstáculos o dificultades para satisfacer las condenas firmes. Naturalmente en muchas ocasiones la parte condenada cumple voluntariamente y no hay necesidad de instar el despacho de ejecución y la propia tutela ejecutiva. Conforme al Código Civil (art. 1162) el pago debe hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, es decir al sujeto o sujetos favorecidos por el fallo condenatorio firme. Sin embargo, más que ocasionalmente el pago se sustituye por la consignación en la cuenta del juzgado lo que ha ocasionado problemas en materia de intereses.

Pero también y más en el orden social la actora favorecida por el fallo firme debe transitar de la mano del juzgado aún sabiendo que al fin el objeto de la ejecución no culminará como

1163 CHAMORRO BERNAL, F, *La tutela judicial...*, cit., pp. 278-280.

se previó en los pronunciamientos condenatorios de la sentencia. En demasiadas ocasiones la tutela ejecutiva instada se dirige a la obtención de la resolución judicial necesaria para acceder al FOGASA, tan frecuente en las ejecuciones dinerarias o, con el mismo final, para ver truncada la expectativa de readmisión en el despido improcedente con opción de la empresa que se resiste a readmitir al trabajador o lo hace irregularmente, con lo que se acabará declarando extinguida la relación laboral.

En efecto, la ejecución judicial, es decir, la ejecución forzosa, y su regulación en la LJS contempla en ciertos casos alternativas al cumplimiento de la condena en sus propios términos o soluciones subsidiarias, así como la posibilidad de alcanzar en este proceso de ejecución laboral convenio transaccional. Situaciones todas ellas cuyo objetivo no es otro que la efectividad de la tutela declarativa a pesar del tenor de la doctrina constitucional general al respecto: «el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes (...) lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. De tal modo que el derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley»¹¹⁶⁴.

El Título I del Libro IV de la LJS regula la Ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos. Su Capítulo I incluye las disposiciones de carácter general que a su vez se estructura en normas generales (arts. 237-246) y en normas sobre ejecuciones colectivas (art. 247). El Capítulo II se destina a la ejecución dineraria (arts. 248-277), el III a la ejecución de las sentencias firmes de despido (arts. 278-286), y el IV a la ejecución de sentencias frente a entes públicos (arts. 287-288).

No nos detenemos en los títulos ejecutivos por cuanto en este trabajo la atención se dirige en exclusiva a la sentencia de condena firme (art. 517.2.1º LEC). Por el mismo motivo, tampoco en las reglas de competencia. Es bien sabido que la ejecución se instará y se seguirá ante el órgano jurisdiccional que conoció del asunto en la instancia (art. 237.2), salvo que en la circunscripción existan Juzgados Especiales de Ejecuciones. Al hablar de solicitar se hace obvio que se sigue a instancia de parte (principio de rogación) excepción hecha de las sentencias dictadas en procedimientos de oficio (art. 239). A pesar de que iniciada la ejecución se tramitará de oficio (art. 239.3 LJS) el principio dispositivo mantiene su presencia, como lo demuestra la posibilidad de que el ejecutante o ambas partes soliciten la suspensión y/o su aplazamiento (art. 244 LJS)¹¹⁶⁵.

Sí debe hacerse mención a la legitimación. No sólo puede instarla la parte acreedora sino también sus declarados sucesores, quienes aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado (art. 240.1 LJS), posibles responsables subsidiarios: entidades de gestión de la Seguridad Social y el FOGASA (art. 24 LJS), los sindicatos actuando en nombre e interés de los trabajadores, funcionarios y estatutarios afiliados a ellos que así lo autoricen (art. 20 LJS), así como al empresario para lanzar al trabajador de la vivienda tras declararse extinguido el contrato (art. 285.2 LJS). Además, el Ministerio Fiscal será siempre parte cuando la ejecución

1164 STC 86/2006, F.J. 2º.

1165 OLARTE MADERO, F., «La ejecución laboral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El proceso Laboral*, Tomo II, cit., p. 1928.

derive de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 240.4 LJS).

La regulación sigue el modelo de la ejecución civil (arts. 538-720 LEC), como lo hiciera antes de la LEC, y a ella se remite al abrir el Capítulo sobre «Disposiciones de carácter general» si bien, insiste en la especialidades del proceso social (art. 237.1 LJS) y se reconocen sus peculiaridades en la propia LEC (DF 11ª. 9). Sin embargo y brevemente, a continuación nos limitaremos a trasladar al texto unas pinceladas legales sobre la transacción en la ejecución, la ejecución en conflictos colectivos, la ejecución dineraria, la de sentencias firmes de despido y la de sentencias frente a entes públicos.

El *convenio transaccional en ejecución* (art. 246 LJS). Aunque el precepto principia con la prohibición de renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador (art. 3.5 ET), se posibilita («promueve»¹¹⁶⁶) la transacción en el proceso de ejecución con un régimen mucho más restrictivo que el previsto en el art. 235.4 LJS relativo al que puede alcanzarse en fase de recurso devolutivo. La Sala Cuarta –ya se trató en el Capítulo I- no aplica la prohibición del art. 246 en el último caso porque no existe sentencia firme, sino un reconocimiento provisional del derecho¹¹⁶⁷. El acuerdo transaccional puede consistir en:

- El aplazamiento y/o en la reducción de la deuda siempre que se cumplan los plazos y obligaciones parciales acordadas.
- La especificación, en la novación objetiva o subjetiva o en la sustitución por otra equivalente de la obligación contenida en el título.
- La determinación del modo de cumplimiento, en especial del pago efectivo de las deudas dinerarias.
- La constitución de garantías adicionales que procedan.
- En general, en cuantos pactos lícitos puedan establecer las partes («lista abierta»).

La transacción se formalizará mediante convenio suscrito por todas las partes afectadas en la ejecución. Su validez requiere homologación mediante auto que se notificará, en su caso, al FOGASA. No se homologará si el acuerdo lesiona gravemente a alguna de las partes o a terceros, si se constituye en fraude de ley o abuso de derecho, es contrario al interés público, o afecta a materias excluidas del poder de disposición de las partes.

La ejecución continuará hasta que conste el total cumplimiento de lo convenido erigiéndose el auto de homologación en nuevo título ejecutivo, impugnabile del mismo modo que la conciliación judicial. Por último, la doctrina¹¹⁶⁸ recuerda que ha de tenerse en cuenta el principio de

1166 MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, LA LEY, Madrid, 2012, p. 499.

1167 ATS de 15 de marzo de 2017 (Rec. 1122/2016), R.J. 1º.

1168 AVILÉS NAVARRO, M., «Artículo 246. Transacción en la ejecución», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia LA LEY*, Madrid, 2015, p. 1678.

indisponibilidad de los derechos de la Seguridad Social (art. 27 LGSS) que impide la transacción y el arbitraje respecto a ellos salvo que medie real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

La *ejecución en conflictos colectivos* (art. 247 LJS). Su contenido es consecuencia de la regulación del art. 160.3 LJS sobre estimación de una pretensión de condena susceptible de ejecución provisional. Sus especialidades son las siguientes:

- Su ámbito de aplicación se extiende bajo las mismas condiciones del precepto señalado a las sentencias dictadas sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo, y a las que declaran la nulidad del despido colectivo.
- Legitimados para iniciarla mediante escrito:
 - a. Habiendo sido parte en el proceso declarativo: En los conflictos de empresa o ámbito inferior, el empresario y los representantes legales o sindicales de los trabajadores. En los de ámbito superior, las asociaciones patronales y los sindicatos afectados.
 - b. Aunque no hayan sido parte: los órganos unitarios y la empresa frente a quienes se inste la ejecución.
 - c. En todo caso: los sindicatos más representativos, las asociaciones empresariales representativas y los órganos de representación legal o sindical, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.
- El FOGASA siempre será parte.
- Los sindicatos deben acreditar la autorización de sus afiliados, *ex art. 20 LJS*, con expresa autorización y singular acreditación respecto a quienes no lo son, que también se aplicará siempre que quien inste la ejecución sea un órgano de representación unitaria de los trabajadores.
- Si la ejecución es pecuniaria, el letrado J requerirá a la ejecutada para que en un mes, prorrogable por otro más si la complejidad del asunto lo exige, individualice la deuda y proponga, en su caso, una fórmula de pago.
- Atendido el requerimiento, el letrado J instará a la ejecutante para que manifieste su conformidad o disconformidad en el mismo plazo antedicho y, en el primer caso, documentará los términos de la avenencia incluyendo los intereses si procede, sin imposición de costas.
- Si el ejecutado se opone formalmente en todo o en parte a la ejecución, se seguirá el incidente del art. 238 LJS en el que se practicará prueba pericial y/o de expertos que se resolverá mediante auto sólo recurrible en reposición y sin efectos suspensivos.
- Si el título ejecutivo es de ámbito superior a la empresa, se ejecutará empresa por empresa.
- Los sujetos beneficiados por el título que no se sumen a la ejecución colectiva, podrán formularla individualmente a través del proceso declarativo que corresponda.

La *ejecución dineraria* (arts. 248-277 LJS). Además de aplicársele las normas generales contenidas en los artículos 237 a 246, y sus propias normas generales (arts. 248-253) sobre concurrencia de embargos, manifestación de bienes para la ejecución, investigación judicial del patrimonio del ejecutado, intereses de demora y costas, notificación a los representantes de los trabajadores de la empresa deudora e intervención del FOGASA y de las Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social, como en cualquier otra ejecución administrativa o judicial forzosa, pasa por los generales trámites de la traba («embargo»), realización de los bienes embargados y pago a los acreedores. A ello se suma la regulación de su «fracaso», la insolvencia empresarial, y culmina con la tradicionalmente denominada «insolvencia técnica» concebida, como es bien sabido, para salvaguardar la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa ejecutada.

Sobre la ejecución forzosa de condena pecuniaria la LJS introdujo las siguientes novedades: respecto a los intereses de la mora procesal, la posibilidad de incrementar el interés legal en dos puntos (art. 251), respecto al embargo, que será nulo el realizado sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste, aunque sí pueden embargarse saldos favorables producidos con posterioridad y disponerse la retención y puesta a disposición de saldos, depósitos y otros bienes embargables que se devenguen en el futuro, así como acordarse la administración judicial cuando la entidad no cumpla con la orden de retención.

La *ejecución de sentencias firmes de despido* (arts. 278-286 LJS). Cualquier tutela judicial declarativa requiere entroncar las normas sustantivas y adjetivas de aplicación, pero en la tutela ejecutiva, el «despido», en el sentido amplio de la expresión, exige dar continuidad y atención a esa conexión. Por eso se afirma que «la ejecución del despido no es una medida neutra y subsidiaria de lo dispuesto en sede material, sino que complementa el propio régimen del despido»¹¹⁶⁹. Toda sentencia firme dictada en proceso de despido que lo declare nulo o improcedente incluye una condena dineraria y algunas que se pronuncian a favor de su procedencia, también, por lo que darles cumplimiento forzoso nos conduce a las normas reguladoras de la ejecución dineraria. Las de nulidad e improcedencia con derecho de opción por el trabajador en favor de la readmisión, en principio, han de cumplirse en sus propios términos (art. 282 LJS), lo que convierte a la readmisión en las mismas condiciones anteriores al despido en la pretensión u objeto de la ejecución. Las consecuencias del incumplimiento comprobado del empresario se concretan en las ya tradicionales medidas (art. 284 LJS) para garantizar al trabajador el percibo de su salario, su alta y cotización en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social y, a quienes ostenten la condición de representantes unitarios y sindicales de los trabajadores, el desarrollo de sus funciones.

No obstante, la imposibilidad de readmisión determina la declaración de extinción de la relación laboral por auto, lo que deriva en una conversión incrementada de la condena dineraria (art. 286 LJS). Debe añadirse que si en la tramitación del proceso y, a pesar del pronunciamiento de nulidad, se extingue la relación laboral la propia sentencia integra esta circunstancia en sus hechos probados e incluye en sus pronunciamiento la condena a la indemnización inevitable correspondiente. Este último precepto se innovó con un apartado segundo, que también exceptúa el cumplimiento de la condena en sus propios términos, dirigido a un colectivo muy concreto:

1169 OLARTE MADERO, F. y ALEGRE NUENO, M., «La ejecución especial de despido», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El proceso Laboral*, Tomo II, cit., p. 2322.

trabajadores que obtienen la nulidad por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o por violencia de género en el trabajo, dice textualmente. Sin embargo la alusión legal se considera confusa¹¹⁷⁰ y se apunta para comprender el supuesto previsto a su integración en los arts. 53.4. B y 55.5.b ET en relación con las trabajadoras víctimas de violencia de género que tienen legalmente reconocida esta condición. La doctrina¹¹⁷¹ sitúa el referente jurisprudencial hasta hoy en la STS de 16 de abril de 2012 (RCUD núm. 1467/2011) pero su lectura no arroja certeza a este respecto. La singular ejecución contemplada consiste en que la víctima, no obstante la nulidad, puede optar por extinguir la relación laboral con la indemnización procedente –se entiende con el posible incremento adicional- y salarios de tramitación (*ex art. 281.2 LJS*). Esta regulación doctrinalmente se ha analizado¹¹⁷² como «una evidente incapacidad del ordenamiento jurídico de asegurar la estabilidad en el empleo, pues significa más bien que «muerto el perro –conseguida la salida del blanco del agresor-, se acabó la rabia –la agresión-»».

Por último, la sentencia firme de despido o el auto que declare la extinción del contrato puede implicar que el trabajador abandone la vivienda que ocupaba (salario en especie) por razón del mismo. En tales casos y una vez transcurridos los plazos previstos, la empresa podrá solicitar la ejecución del juzgado para el lanzamiento de aquél, que se sustanciará conforme a la LEC (art. 285 LJS).

La *ejecución de sentencias frente a entes públicos* (arts. 287-288 LJS). Se imputa¹¹⁷³ a la rúbrica del Capítulo que contiene ambos preceptos una doble anomalía: no guarda coherencia con el resto de ejecuciones reguladas que atienden a la materia o al objeto de la ejecución, sino a la naturaleza pública del ejecutado. Además, el art. 288 afronta un tema completamente distinto en relación con la constitución del capital coste de las prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social dirigido a la entidad gestora o servicio común competente, obviando que el pago puede corresponder a una mutua colaboradora o a una empresa privada responsable. La brevedad de la tradicional regulación en esta materia se vio incrementada con la, por primera vez, remisión a la aplicación supletoria de la LJCA. Sin duda ello fue fruto de la ampliación competencial objetiva para la impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales [art. 2 s)] y su correspondiente modalidad procesal (arts. 151-152 LJS). Con ello, como ya apuntara la doctrina¹¹⁷⁴, cabía esperar mayor frecuencia en las ejecuciones sociales frente a entes públicos que hasta entonces, pero también al incremento del papel del ente público como sujeto del contrato de trabajo, aunque en este caso las correspondientes ejecuciones se seguirán por los trámites específicos según la pretensión de ejecución y con independencia de la naturaleza jurídico pública del empleador ejecutado.

1170 SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Artículo 286. Imposibilidad de readmisión del trabajador», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015, pp. 1806-1807.

1171 CÁMARA BOTÍA, A., «Artículo 286. Imposibilidad de readmisión del trabajador», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 1609.

1172 MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la nueva Ley...*, cit., p. 506.

1173 MONTOYA MELGAR, A. y OTROS, *Curso de procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 645.

1174 SALINAS MOLINA, F., «De la ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos», en AA.VV., (Directores FOLGUERACRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

En la ejecución frente a la Administración pública española se señala¹¹⁷⁵ «un condicionamiento modal o temporal, según los casos» consecuencia del principio de legalidad presupuestaria (art. 134 CE) y del tradicional beneficio de inembargabilidad de los bienes públicos, ambos, mitigados actualmente. A estos privilegios se suman otros: el de autotutela ejecutiva, la exclusión entre las medidas a adoptar por el órgano ejecutor de los apremios pecuniarios y multas coercitivas previstas en el art. 241 2 y 3 LJS, las posibles limitaciones a depende qué administraciones públicas en el devengo de intereses y en materia de costas¹¹⁷⁶. Y es que es cierto que a pesar de la necesaria tramitación administrativa para intervenir y ordenar los pagos, en este caso, de cantidades objeto de condena judicial, el plazo general de dos meses que se otorga a los entes públicos suele permitirles escapar al despacho de ejecución dineraria con sus correspondientes responsabilidades, medidas e intereses porque además transcurrido el mismo si se solicita ejecución el tribunal requiere a la Administración condenada por un nuevo plazo de un mes. Si a estos términos sumamos la informatización también de la actividad administrativa realmente todo parece excesivo y en extremo dispensado. El caso es que no sólo la remisión a la aplicación supletoria de la LJCA sino los plazos coinciden con las previsiones de su art. 104, y las cuestiones a decidir en el incidente, casi al completo, con las señaladas en su art. 109.1.

5. Las sentencias definitivas y el debilitamiento de la efectividad

Al comienzo del Capítulo II se han transcrito los distintos preceptos de la CE, de la LOPJ, de la LEC y de la LJS que dan contenido al régimen jurídico procesal de la sentencia. Entre ellos, el art. 245.1 c) LOPJ asigna la denominación de *Sentencias* a las resoluciones judiciales cuando decidan *definitivamente* el pleito o causa en cualquier instancia o recurso o cuando según las leyes procesales deban revestir esta forma. En consonancia con ello se califica a las sentencias como definitivas sin reparar en que cualquier persona lega en el Derecho puede asociar naturalmente y sin incurrir en un error léxico, la expresión sentencia definitiva con sentencia irrevocable, invariable, irreversible, permanente o cualquier otro calificativo que se convierte en sinónimo de «irrecurrir». Lo cierto es que muchas sentencias definitivas, dictadas en la instancia o en el recurso devolutivo además devienen irrecurrir por disposición legal, porque no se hace uso del recurso o porque el irregular uso del mismo deriva en su inadmisión. En cualquier caso, y aunque pueda resultar «simplón», conviene recordar que todas las sentencias son definitivas y algunas, además, son firmes desde que se pronuncian. Por tanto, una sentencia puede ser definitiva y firme o definitiva y no firme. Todas inexorablemente terminarán adquiriendo firmeza, es cuestión de tiempo, salvo que fenezcan con su nulidad, como se ha recordado al tratar sobre la impugnación de la cosa juzgada material.

De ahí que la regulación de un sistema de recursos y, en él, del derecho al recurso permita hablar del debilitamiento de la efectividad de las sentencias definitivas. Y, a la vez, que ese debilitamiento se compensa con la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias recurridas, por tanto aún no firmes, lo que con restricciones rescata al menos parte de la efectividad perdida con la

1175 GÓMEZ GARRIDO, L.M., *Doctrina del TC relativa al proceso social (1981-2013). Proyección en la nueva LRJS*, Cuadernos de Aranzadi Social, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 25-216.

1176 Para un desarrollo exhaustivo sobre todos estos aspectos, véase OLARTE MADERO, F. y BLASCO PELLICER, A., «Ejecuciones especiales» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso laboral*, Tomo II, cit., pp. 2452-2477.

interposición del recurso. Así que estos dos aspectos: el derecho al recurso –debilitamiento- y la ejecución provisional –contrapeso- dan a continuación contenido a este apartado. Además, el propio derecho y acceso al recurso conlleva legalmente ciertos «muros de contención» que también persiguen atenuar su impacto en la efectividad de la sentencia. El carácter extraordinario de los recursos devolutivos sociales limita su ámbito de aplicación y restringe su objeto, y ciertas cargas procesales que condicionan su admisión a trámite, a saber, consignaciones, depósitos y tasas judiciales, serán el centro de atención sobre el derecho al recurso.

Por tanto sería comprensible para cualquiera afirmar que las sentencias realmente *definitivas* –en lenguaje coloquial- son las sentencias firmes. Y aún y así, no en todos los casos si atendemos a la tratada *impugnación de la cosa juzgada* a través de la revisión de sentencias firmes, del «incidente» de nulidad de actuaciones y de la audiencia al rebelde.

5.1. El derecho al recurso y la función de los depósitos, las tasas y las consignaciones judiciales

Partir de la indiscutible premisa de que la efectividad de la tutela judicial pasa por la rápida resolución de los conflictos sometidos a la jurisdicción no excluye la necesaria consideración de la falibilidad de los órganos jurisdiccionales. Esta sencilla y humana razón justifica, en su caso, la previsión legal de un sistema de recursos. La naturaleza del bien jurídico objeto del litigio propicia en ocasiones la única instancia y la articulación del recurso devolutivo con carácter extraordinario, pero precisamente estos casos manifiestan la atención del legislador a esa realidad. El sometimiento único de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial al imperio de la ley, proclamado en el art. 117.1 CE, entra en liza con frecuencia con la independencia de aquéllos proclamada en el mismo precepto constitucional, y el principio de seguridad jurídica guía objetivos en ocasiones sólo alcanzables a través de la articulación de un sistema de recursos en los distintos órdenes jurisdiccionales.

El error en la apreciación de los hechos tema de prueba y/o en la aplicación del derecho material así como la más que ocasional vulneración de garantías procesales por los tribunales (*in iudicando* o *in procedendo*) sacrifica la celeridad en la resolución definitiva y firme de los procesos para el logro de la efectividad, a través de una relativamente tardía resolución pero más «justa» y unificada, gracias a la revisión y reparación de las referidas irregularidades.

La normativa internacional sobre la necesidad de que los ordenamientos nacionales instauren un sistema de recursos jurisdiccionales se refiere únicamente al proceso penal: «...toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley»¹¹⁷⁷. La Constitución no consagra el derecho al recurso, y el derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión -art. 24.1 CE- no integra el repetido derecho. Su configuración es legal y su debate entraña una cuestión de legalidad ordinaria -queda a merced de la opción política del legislador¹¹⁷⁸- y, por tanto, como cualquier otro, expuesta a lesión.

1177 Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1178 MONTERO AROCA, J. y OTROS, *El nuevo...*, cit., p. 474.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha elaborado dos líneas doctrinales divergentes¹¹⁷⁹ en torno al mismo a través de la resolución de los distintos recursos de amparo que abanderados por la presunta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva han cobijado distintas lesiones en relación con este derecho. La doctrina iuslaboralista¹¹⁸⁰ distingue «la interpretación de carácter estricto» que ampara sólo denegaciones arbitrarias, y «otra de carácter más generoso» más favorable al recurso por cuanto exige una interpretación razonada y razonable de las causas de inadmisión y la opción a favor del recurso en caso de duda, aunque en los últimos tiempos se muestra más proclive a la primera de ellas.

Respecto a la *configuración constitucional del derecho a los recursos legales*, el acceso al recurso devolutivo legalmente establecido se supedita a la existencia de los presupuestos necesarios para su procedencia y, además, al cumplimiento de los requisitos previstos para su admisibilidad. Los presupuestos de carácter subjetivo referidos a la competencia funcional del órgano jurisdiccional y a la capacidad, legitimación y gravamen que atañen al recurrente así como los objetivos que atienden a la impugnabilidad de la resolución jurisdiccional determinados en las normas rituarías de cada orden jurisdiccional, no siempre resultan de clara aplicación.

Por ello, aunque la Doctrina constitucional al respecto¹¹⁸¹ gravita sobre el derecho de acceso a los recursos como una de las múltiples facetas del derecho a la tutela judicial efectiva, sus pronunciamientos presentan singularidades según qué obstáculo concreto en relación con aquellos presupuestos y requisitos se haya considerado para negar el derecho al recurso. En todo caso es doctrina general consolidada que:

- Se trata de un derecho de configuración legal y materia de legalidad ordinaria. En consecuencia es competencia de la planta ordinaria decidir sobre las normas de admisión (a salvo, como se ha recordado, del proceso penal). Así que sólo en supuestos de inadmisión revisará el TC si la causa carece de motivación, es legalmente inexistente o si responde a un juicio arbitrario, irrazonable o a error fáctico patente¹¹⁸². En la aplicación de los presupuestos legales de admisión han de evitarse interpretaciones rigoristas¹¹⁸³.
- Una resolución judicial que niegue la admisión de un recurso¹¹⁸⁴ no la hace sólo por ello constitucionalmente sospechosa, ni siquiera una interpretación de los requisitos de acceso a un recurso caracterizada por su severidad o rigor es, en principio, contraria a la Constitución, siempre que constituya una de las posibles lecturas de la norma y que, se comparta o no, no resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable ni incurra en error patente¹¹⁸⁵, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹¹⁸⁶.

1179 Como se reconoce en la STC 199/1994.

1180 GOERLICH PESET, J.M., «Los medios de impugnación» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El proceso laboral*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 1675.

1181 Véase GARCÍA BLASCO, J., «Derecho al recurso laboral y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, nº 4, 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

1182 STC 129/2012, F.J. 2º. (Sobre depósito civil).

1183 STC 4/1995, F.J. 3º.

1184 Véase VALLE MUÑOZ, F.A., «La admisión de recursos con defectos formales en el proceso laboral», *IUSLabor*, Nº 1, 2014, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, (<https://www.upf.edu/iuslabor/>).

1185 STC 149/2016, F.J. 3º.

1186 STC 46/2004.

El TC no ha variado el criterio expresado desde que comenzó su actividad y como señala la doctrina académica «son numerosas las proyecciones que el artículo 24 de la Constitución encuentra sobre el sistema de recursos en el orden laboral de la jurisdicción»¹¹⁸⁷, por eso como en la mayoría de los distintos aspectos procesales de orden público, en esta concreta cuestión habrá de estarse al caso concreto.

5.1.1. Depósitos para recurrir

La primera norma procesal laboral que estableció dos depósitos fijos para recurrir en suplicación y en casación fue la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre reformas en la Jurisdicción Laboral (art. 25). A partir de ese momento esta exigencia ha sido una constante. El TC justificó su establecimiento¹¹⁸⁸ en «asegurar la seriedad de los recursos de corte extraordinarios, y reprimir la contumacia del litigante vencido, imponiendo con este designio una moderada carga que no afecta al contenido esencial del derecho». Identificó su función principal con la reducción en el uso abusivo del derecho al recurso que busca dilaciones indebidas u obstaculizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Pero la DA 15ª LOPJ, que se introdujo por la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, generalizó la exigencia a todos los recursos que deban tramitarse por escrito. En su Preámbulo se explicaba que «En la presente Ley se regula también un depósito de escasa cuantía y previo a la interposición del recurso, cuyo fin principal es disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico alguno, para que no prolonguen indebidamente el tiempo de resolución del proceso en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes personadas en el proceso. Los ingresos que se puedan generar por el uso abusivo del derecho a los recursos se vinculan directamente al proceso de modernización de la justicia, a la creación y mantenimiento de una plataforma de conectividad entre las distintas aplicaciones y sistemas informáticos presentes en la Administración de Justicia y a financiar el beneficio de justicia gratuita. Estos ingresos se distribuyen entre el Estado y las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia.» (V).

El art. 229 LJS en relación con el depósito para recurrir en suplicación o en casación se limita a fijar sus importes, los sujetos exentos, su destino cuando falla la sentencia su pérdida y la verificación por el letrado J de su ingreso en la cuenta indicada. Nada dice, ni han dicho sus predecesores sobre la posibilidad de subsanar su omisión o irregular cumplimiento. El referente en este aspecto es STS de 30 de enero de 2002 (RCUD núm. 3294/2000) que, en consonancia con la doctrina constitucional, interpretó que «la falta de constitución del depósito para recurrir en suplicación (o en casación) merece la calificación de defecto subsanable que, por ello, habrá de ser mandado subsanar por el órgano judicial ante quien hubiere de constituirse en cada caso, sin perjuicio de que, mandado subsanar, y no llevada a cabo por la parte requerida para dicha subsanación, se ponga fin al trámite procesal del recurso acordando su inadmisión, de conformidad con el hecho de que constituye una exigencia legal a la que, en cualquier caso, condiciona la Ley de Procedimiento Laboral la admisibilidad del recurso extraordinario» (F.J. 2º). El mismo criterio sostiene la Jurisprudencia de la Sala Primera del TS que entendió que las

1187 MONTROYA MELGAR, A y OTROS, *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 307.

1188 STC 53/1983, 65/1983, 95/1983, 114/1983, 46/1984, 70/1984, 59/1989, por todas.

expresiones «defecto, omisión o error» del apartado 7 de la señalada DA 15ª LOPJ con gran amplitud, en el sentido de que «es posible la subsanación no solo en los supuestos en los que no se hubiera aportado el justificante que acredite o justifique la constitución del depósito verificado en plazo, sino también aquellos en los que no se haya efectuado aún la constitución del depósito o se hubiera realizado fuera del plazo legalmente establecido para ello»¹¹⁸⁹, lo que es tanto como decir que cabe subsanación siempre. Y en el proceso social será el plazo de cinco días previsto en el art. 230.5 LJS el que habrá de conceder el letrado J a tal efecto.

Una última consideración para los casos de condena solidaria. El art. 230.1 en su segundo párrafo dispone que la obligación de consignación o aseguramiento alcanza a todos los condenados salvo que cumplida sólo por uno de ellos tenga expresamente carácter solidario respecto de todos para responder íntegramente de la condena que al fin pueda recaer frente a cualquiera de los litisconsortes. Sin embargo, el art. 229, sobre el depósito para recurrir no contempla el supuesto. Así que la Sala Cuarta se ha pronunciado¹¹⁹⁰ y su doctrina pasa por distinguir y considerar el depósito y la consignación como dos institutos distintos que no tienen por qué ir de la mano, aunque compartan funciones. La previsión de la consignación no es extensible al depósito cuya regulación no dice nada al respecto y la carga se ha de cumplir individualmente por todos los recurrentes, del mismo modo que ha mantenido en relación con los grupos de empresa, incluso cuando se comparece con la misma representación, puesto que los intereses pueden ser diversos.

5.1.2. Tasas judiciales

Las tasas judiciales recuperadas legalmente¹¹⁹¹ para los órdenes civil y contencioso-administrativo con la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, e introducidas *ex novo* para el orden social a través la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses -tras la STC 20/2012-, se constituyen en tributos estatales que junto con impuestos, honorarios de Abogados y derechos de arancel de los Procuradores integran el total de las fuentes de financiación de la Justicia¹¹⁹². En coherencia con lo dispuesto en el art. 119 CE que determina que «La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar» y con el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, esta Ley configuraba como hecho imponible para el orden social la interposición de los recursos de suplicación y casación pero eximiendo como sujetos pasivos de las tasas a las personas físicas, y a las jurídicas que tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, entre otros (art. 4.2)¹¹⁹³. La cuota ha ascendido a 500 euros para el recurso de suplicación y a 750 para los de casación (art. 7.1), y de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia señalada se ha concluido que además de la constitucionalidad de su establecimiento por el legislativo,

1189 STS, Sala Civil, de 18 de diciembre de 2012 (Rec. núm. 1248/2010), F.J. 2º.

1190 ATS de 16 de julio de 2015 (Rec. 4/2015), F.J. 3º.

1191 Se eliminaron con la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de Supresión de las Tasas Judiciales (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

1192 GIMENO SENDRA, V., «Tasas judiciales y financiación de la Justicia», *Revista General de Derecho Procesal* 39, 2016, Iustel.

1193 A los que se sumó las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social por Doctrina Judicial. Véase STSJPV de 26 de febrero de 2013 (Rec. Suplicación núm. 2351/2012).

su supresión, traslada con los impuestos la carga fiscal de la justicia a los ciudadanos que no pleitean, con lo que se benefician los que, en cambio, abusan del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva¹¹⁹⁴.

Sin embargo, sobre esta materia tan controvertida en todos los ámbitos desde su nuevo establecimiento, donde es obligado recordar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Cuarta del TS de 5 de junio de 2013¹¹⁹⁵ por el que acordó: «1) Para la tramitación de los recursos de suplicación y casación no son exigibles tasas al trabajador, ni al beneficiario de la Seguridad Social, ni al funcionario o personal estatutario, que interpongan recursos de suplicación o de casación en el Orden Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad al RDL 3/2013, y que 2) Tampoco son exigibles las Tasas a los sindicatos para la interposición de recursos de suplicación ni de casación, ya unificadora, ya ordinaria, ante la Jurisdicción Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad al RDL 3/2013.», el TC en su cercana Sentencia 140/2016, de 21 de julio, dictada en Pleno¹¹⁹⁶, estimando parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a diversos preceptos de la Ley de Tasas Judiciales, ha declarado la inconstitucionalidad¹¹⁹⁷ y nulidad, entre otros, de su art. 7 con los siguientes efectos: se suprimen las tasas pro futuro, a saber, para nuevos procesos y para los que aún no cuenten con resolución firme, matizando que no procede ordenar la devolución de las tasas en los procesos finalizados con resolución firme así como tampoco en aquéllos no finalizados en que la tasa se satisfizo sin impugnarla por impedir el acceso a la jurisdicción o al recurso, casos en los que, igualmente, deviene firme la liquidación del tributo (F.J. 15º).

En el mismo Fundamento, el TC justifica, a este respecto, su decisión en lo elevado -desproporcionado- de la cuantía de las tasas que considera contrario al art. 24.1 CE por cuanto tal acarrea un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles, con el correspondiente efecto disuasorio. Interpreta que esta situación no es predicable para quienes ya han abonado la tasa ya que han accedido a la jurisdicción y en consecuencia no han visto lesionado su derecho y por ello no procede la reparación con la devolución de aquella.

A pesar de la literalidad del fallo de la Sentencia: «3º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 7, apartado 1, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los siguientes incisos: “en el orden jurisdiccional civil: ... apelación: 800 €; casación y extraordinario por infracción procesal: 1.200 €”; “en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: abreviado: 200 €; ordinario: 350 €; apelación: 800 €; casación: 1.200 €”; y “en el orden social: suplicación: 500 €; casación: 750 €”; con los efectos indicados en el anterior fundamento jurídico 15.” Y “4º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 7, apartado 2, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con los efectos indicados en el anterior fundamento jurídico 15.», la resolución constitucional no declara la inconstitucionalidad de las tasas judiciales, «sino la falta de proporcionalidad en sentido estricto de la cuota fija para recurrir las sentencias...no es que las tasas judiciales

1194 GIMENO SENDRA, V., «Tasas judiciales y...», cit.

1195 Véase MOLINA NAVARRETE, C. ««Un mano a mano»: reformas proyectadas de la justicia social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 374 (mayo 2014), CEF, pp. 5-8.

1196 Véase MORENO PÉREZ, J.M., «La Administración de Justicia no es un bien escaso: los límites constitucionales a las tasas judiciales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 404, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016, pp. 167-172.

1197 Como se predecía y argumentaba por SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «Las nuevas tasas judiciales y el orden jurisdiccional social», *RTSS* núm. 376 (julio 2014), CEF, Madrid, p. 78.

sean, en sí mismas consideradas, inconstitucionales, sino lo que resulta inconstitucional es que el legislador establezca unos tipos de gravamen que conculquen el derecho al libre acceso a los tribunales,...»¹¹⁹⁸. GIMENO reflexiona y se cuestiona sobre otros supuestos no solucionados por el Fundamento señalado, a saber, quienes hayan abonado parcialmente la tasa y quienes sin haberlo hecho han accedido al recurso, pero el tiempo nos dará las respuestas.

La supresión de las tasas en 1986 se justificó en los valores de la libertad e igualdad en el ejercicio del derecho a tutela judicial efectiva y en la gratuidad que consagrada constitucionalmente (art. 109) había provocado diversas normas procesales en consonancia con ella. Añadía a estos argumentos las distorsiones que su regulación provocaba en la Administración de Justicia puesto que correspondiendo su gestión a los Secretarios Judiciales se les apartaba con ello de las importantes funciones procesales y de gestión de la Oficina Judicial (Preámbulo). Pero en 2012 el punto de partida fue que el derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita, así que se justificaron en la racionalización del ejercicio de la potestad jurisdiccional y en que los mayores recursos aportados por las tasas permitirían mejorar la financiación del sistema judicial, especialmente de la asistencia jurídica gratuita (Preámbulo). Desde luego que aportarían mayores recursos porque la cuota tributaria se constituyó prácticamente en «el **doblo** de la establecida por la derogada Ley 53/2002 para las personas jurídicas» con lo que no parecía cumplirse con la doctrina constitucional de la STC 20/2012¹¹⁹⁹ que utilizó la Ley para escudarse, como luego se demostró.

5.1.3. Consignaciones de condena

Recordaba la emblemática y polivalente STC 3/1983 que «La obligación de consignar es objeto de una amplia tradición en el ordenamiento laboral español, que comienza en la Ley de Tribunales Industriales de 1912, prosiguiendo en el Código de Trabajo de 1926, en la Ley de Jurados Mixtos de 1931, y en la Ley de 10 de noviembre de 1942, que crea el Fondo de anticipos reintegrables al trabajador sobre sentencias recurridas (y que impone, además, el recargo del 20 por 100 señalado), y subsistiendo en la Ley de 22 de diciembre de 1949 que regula los recursos de suplicación, casación e interés de ley, y pasa por fin a los distintos textos refundidos de procedimiento laboral, desde el primero de 4 de julio de 1958 hasta el actual de 13 de junio de 1980» (F.J. 1º)¹²⁰⁰.

El art. 230 LJS exige de forma indispensable que el recurrente en suplicación o casación condenado al pago de cantidad, al anunciar el primero o preparar el segundo, acredite haber consignado en la entidad indicada en la resolución recurrida la cantidad objeto de condena, salvo que goce del derecho de asistencia jurídica gratuita. Se dispone como alternativa de la consignación en metálico, el aseguramiento con aval, emitido por entidad de crédito, solidario de duración indefinida, y pagadero a primer requerimiento, cuyo documento registrado y depositado

1198 GIMENO SENDRA, V., «La retroactividad de la STC 140/2016 sobre las tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, septiembre 2016, Iustel.

1199 GIMENO SENDRA, V., «Acerca de la constitucionalidad de la Ley de tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 29, enero 2013, Iustel.

1200 Para un detallado estudio de la formación histórica del precepto que exige la consignación, véase RÍOS MESTRE, J.M., *Reflexiones sobre la consignación en los recursos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 33-88.

en la oficina judicial se testimoniará y unirá a los autos por el letrado J con entrega de recibo.

La segunda posibilidad legal atendió la sugerencia que el TC expresó en la Sentencia señalada: «Sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el art. 170 y conexos, para que, evitara la imposibilidad de recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través en este último supuesto de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica -aval bancario, depósito de valores etc.- de modo similar a como prevé el art. 183 de la LPL para las empresas concesionarias de servicios públicos» (F.J. 5º). Y, así mismo, la propia Resolución constitucional razonó sobre las funciones asignadas a este requerimiento legal:

1. Asegurar la ejecución de la sentencia una vez que ésta devenga firme por haber sido confirmada por el Tribunal Superior y a evitar una eventual desaparición de los medios de pagos, impidiendo que recaiga sobre el trabajador el *periculum morae*. Se relaciona con dos instituciones procesales: el establecimiento de medidas cautelares y la falta de efectos suspensivos del recurso bien a que a través de una vía indirecta (F.J. 1º y 4º). De este modo se posibilita también la ejecución provisional.
2. Reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios, sin posibilidades de éxito, que alarguen injustificadamente el abono por el empresario, y la percepción por el trabajador de las cantidades reconocidas (F.J. 4º).
3. Evitar que se lesione el principio esencial laboral de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador lo que requiere el establecimiento de técnicas que hagan posible su operatividad, eludiendo que quede reducido a una mera declaración de intenciones, lo que se logra con la consignación al limitar las posibles presiones sobre el trabajador para reducir su derecho ante la incertidumbre en la percepción de la cantidad judicialmente reconocida (F.J. 4º).

La consignación tiene naturaleza jurídica de carga procesal¹²⁰¹, no es un mero requisito formal, subsanable «siempre» como el ingreso del depósito fijo. Comparten funciones pero el cumplimiento del aseguramiento del importe de la condena dineraria de una u otra forma, se fiscaliza con mayor severidad por obvias razones. Sin embargo, siguen suscitándose indecisiones o «empecinamientos» que precisan pronunciamientos jurisprudenciales y constitucionales. El tipo de aseguramiento alternativo a la consignación en metálico previsto en la norma es muy preciso. Con él podrían darse por zanjados pasados escenarios dudosos que precisaban pronunciamientos judiciales. La LPL (1995) autorizaba el aval bancario donde constase la responsabilidad solidaria del avalista (art. 228), igual que la LPL (1990) en su art. 227. La dificultad para obtener el aval bancario forzaba y fuerza mecanismos alternativos que en su análisis judicial concreto, y en opinión de la doctrina, las más de las veces no cumplían su papel¹²⁰². Las SSTC 166/2016 y 173/2016¹²⁰³ no han amparado a las empresas a las que se negó su acceso al recurso. En la primera, la recurrente se excusa en su situación concursal y

1201 RÍOS MESTRE, J.M., *Reflexiones sobre la consignación...*, cit., pp. 29-31.

1202 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Fórmulas alternativas a la consignación en metálico para recurrir una sentencia», *Aranzadi Social* vol.paraf. IV85, Aranzadi, Cizur Menor, 1997 (BIB 1997\1271).

1203 Comentadas por RÍOS MESTRE, J.M., «La consignación para recurrir y concurso de acreedores en la reciente jurisprudencia constitucional. Breve comentario a la STC 166/2016. Noticia de la STC 173/2016», *Revista de Derecho Social*, Nº 76, Octubre 2016, Bomarzo, Albacete, pp. 153-169.

pretende que sirva como «consignación» la consideración de créditos contingentes sin cuantía propia con la calificación de ordinarios *ex art. 87.3 LC* de las cantidades objeto de condena, según certificación de la Administración concursal. Y el TC antes de pronunciarse acordó en su Auto 16/2015, elevar al Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad por cuanto la Sala consideró la posibilidad de estimar el recurso. En la segunda, la empresa intenta que se asimile al aval como garantía suficiente escritura de hipoteca inmobiliaria unilateral a favor del actor de bien inmobiliario (una vivienda), libre de cargas y de valoración superior a la cantidad que se debía garantizar: «...la garantía hipotecaria ofrecida en el caso, en el contexto descrito, no proporciona similar liquidez, certeza e inmediatez en la ejecución que la facilitada por las medidas previstas en el art. 230.1 LJS» F.J. 5°.

Merece destacarse otro extremo de la mano de la jurisprudencia de la Sala Cuarta: no es necesario consignar la cantidad objeto de condena si la sentencia no es susceptible de ejecución provisional. Esta fue la conclusión alcanzada en el recurso interpuesto en un proceso de conflicto colectivo. La STS de 17 de septiembre de 2013 (RCUD núm. 3089/2012) hubo de referirse a la admisibilidad del recurso porque las empresas recurrentes no realizaron consignación al preparar el recurso. Recuerda su doctrina en relación con el art. 230.1 LJS: la regla de consignación no admite excepciones, y sobre la posibilidad de subsanar su omisión distingue:

1. El incumplimiento total que no admite subsanación.
2. La consignación insuficiente que sí la admite si el defecto se ha debido a un error excusable.

Pero en el conflicto colectivo en cuestión, no existe obligación de consignar en base a dos consideraciones:

1. Ni en el art. 230 ni en ninguno de los que regulan la modalidad de conflicto colectivo se establece una expresa obligación para recurrir la sentencia dictada en conflicto colectivo.
2. A pesar de regulación sobre la ejecución definitiva en conflictos colectivos *ex art. 247 LJS*, el supuesto concreto no es susceptible de ejecución provisional, así que no hay necesidad de consignación (F.J. 1°).

Bien, pues retomando las principales funciones de la consignación de la condena para recurrir: asegurar la «inmediata» ejecución de la condena firme y disuadir de recursos dilatorios por infundados, la primera de ellas no cuenta con un trato flexible por la Jurisdicción ordinaria. Nos referimos ahora al plazo de cinco días en el que con el anuncio del recurso de suplicación debe acreditarse que se ha cumplido la exigencia. Se trata de una controversia llamada a desaparecer con la implementación definitiva y regular de la informatización de la Justicia y, el caso, es que todavía se opera en la práctica forense con papel. Contamos con pronunciamientos cercanos que interesa reseñar. En aplicación de la previsión de los arts. 135.1 LEC y 45.1 LJS la presentación de un escrito sujeta a plazo puede realizarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento («a término»). Trasladando su aplicación a los plazos para anunciar y preparar los recursos de suplicación y casación, respectivamente, se ha tenido que resolver en torno a si la «ficción o compensación» es utilizable tan sólo para los escritos y documentos acreditativos, o también lo es para la consignación o aseguramiento, en sí mismos.

El ATS de 31 de enero de 2016 desestimó el recurso de queja bajo el argumento de que «el escrito del recurrente habría sido presentado dentro de plazo, pero la obligación para la que se le requirió, no lo fue y este incumplimiento no encuentra cobertura sanadora del artículo 135.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La Sala de suplicación le había requerido para consignar el importe de la indemnización fijada tras declararse el despido improcedente, lo que no había hecho el Juzgado de lo Social, probablemente porque la empresa optó por la readmisión. Hay otras resoluciones que mantienen el mismo criterio. Por ejemplo, se ordena la transferencia bancaria en plazo pero el abono en la cuenta del juzgado se produce al día siguiente [STSJ Extremadura de 30 de julio de 2014 (Rec. núm. 250/2014)]. Parece una interpretación «excesivamente» literal y que no encuentra consonancia con la garantía y función primordial de la consignación que quedaría igualmente satisfecha en estos supuestos pero los preceptos son claros, aluden a los «escritos».

Abandonamos el «cuándo» para ir al «cuánto», y la ocasión la brinda la STC 176/2016¹²⁰⁴. Se decía antes «empecinamiento» y, en mi modesta opinión, este caso lo revela en la decisión de la Sala de suplicación. En el proceso el Juzgado de lo Social declara despido improcedente una extinción por causas objetivas. La empresa opta por la indemnización y recurre en suplicación consignando su importe objeto de condena. La Sala en el trámite de admisión dicta Auto acordando la devolución de actuaciones al Juzgado para que éste emplace a la recurrente al objeto de subsanar el importe consignado. La Sala de suplicación, entre otras justificaciones, se ofusca con el tenor literal del art. 110.1 LJS que mantiene en su redacción que la condena comprenderá también los salarios de tramitación, sin salvedad alguna claro, y sin haberse visto modificado en su redacción por la reforma laboral que se introduciría poco después. El recorrido «baja y sube» procesal culmina con el Auto de la Sala que desestima el recurso de queja y declara la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social. El Auto se recurre en amparo y el TC lo estima. Tras realizar un detallado y argumentado recorrido por los correspondientes preceptos del ET, de la LJS y por su doctrina, y considerando, asimismo, que la pretensión del actor no incluía la petición de nulidad del despido –lo que impide su apreciación de oficio– concluye que la consignación de la indemnización garantiza la ejecución de la sentencia y no hay razón alguna que justifique la necesidad de consignar también los salarios de tramitación («interpretación manifiestamente irrazonable de las normas sobre admisión del recurso de suplicación»), F.J. 3º.

6. La ejecución provisional de las sentencias sociales

Si la efectividad de la tutela se identifica con la pronta, definitiva y firme resolución del fondo del asunto litigioso y de la ejecución en su caso del fallo condenatorio, su debilitamiento, como se ha visto, se produce con la inevitable dilación que para su firmeza y ejecución definitiva determina el ejercicio del derecho al recurso legalmente previsto. Pero a su vez y gracias a la vocación de permanencia de la sentencia de instancia, la posibilidad de ejecución provisional o, en términos más correctos, «ejecución de sentencias provisionales» o «ejecución de sentencias no firmes»¹²⁰⁵ del fallo condenatorio de la resolución impugnada perturba este efecto del recurso, atemperando

1204 Comentada, ya se ha dicho, por RÍOS MESTRE, J.M., «La consignación para recurrir en los despidos improcedentes», *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 196/2017, Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (BIB 2017\827).

1205 Como señala BLASCO PELLICER, citando a RÍOS, en BLASCO PELLICER, A. *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 12.

la merma que deba sufrir la efectividad con la posible revisión de la sentencia. El peligro que entraña la dilación en la realización del fallo condenatorio para el acreedor, no eliminado con la adopción de medidas cautelares, puede aún tras la resolución definitiva del pleito evitarse o, al menos, paliarse con el despacho de su ejecución provisional. El estudio estadístico publicado sobre la evolución de asuntos ingresados en los juzgados de lo social y salas de lo social de los TSJ¹²⁰⁶ revela que entre 2005 y 2015 «en los juzgados de lo social el incremento del número de asuntos ingresados con relación a los observados en 2007 ha llegado a ser un 50% superior, y como mínimo un 25% superior. La pendencia se ha más que duplicado. Las duraciones de los procedimientos de seguridad social y reclamación de cantidad se han doblado, la de despidos y conflictos colectivos casi triplicado. En las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia se han resentido los procesos en única instancia, pero no los recursos de suplicación».

Sobre esta cuestión es ineludible contrastar la tutela cautelar con la ejecutiva. Así como la medida cautelar persigue evitar los posibles perjuicios que implica el inevitable tiempo para la resolución definitiva del proceso, la ejecución provisional, de forma similar, insiste en el mismo objetivo, aunque más concreto y limitado, en relación con la resolución del recurso devolutivo, si bien con la cualidad, esta última, de que el objeto que trata de garantizar se sustenta en la existencia de un fallo condenatorio y no sobre una expectativa como la primera. El aseguramiento de la efectividad de la ulterior sentencia es común a ambas, pero la característica principal de las medidas cautelares es su instrumentalidad. Por el contrario, la ejecución provisional es un verdadero proceso de ejecución y la única diferencia con la ejecución definitiva reside en que en la primera la sentencia no es firme¹²⁰⁷.

Este elemento sirve para reforzar su justificación pues ante un fallo condenatorio logrado con respeto de todas las garantías procesales puede considerarse la alta probabilidad de su confirmación por el órgano *ad quem*. Tal es el espíritu del vigente régimen jurídico de la ejecución provisional. Como se explica en la Exposición de Motivos de la LEC (XVI) se apuesta por la «*Justicia de primera instancia*»: «La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados».

El dato apuntado parece ser una realidad a la vista de los últimos Indicadores sobre la revocación de sentencias¹²⁰⁸ que concluye que «En la Jurisdicción Social, salvo el leve incremento en los Juzgados, ha disminuido el número de recursos elevados. Las sentencias han disminuido en las Salas de los TSJ y aumentado en Juzgados y Sala de la Audiencia Nacional. En los Juzgados han aumentado tanto el ratio recursos elevados/sentencias como el índice de confirmación total. En las Salas de los TSJ han disminuido ambos indicadores, mientras que en la Sala de la Audiencia Nacional ha disminuido el ratio recursos elevados/sentencias, y aumentado, levemente, el índice de confirmación total y la tasa de anulación».

1206 «Evolución de la jurisdicción social en los años de la crisis económica», *Datos de Justicia Boletín Información Estadística* Nº 47 –diciembre 2016, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

1207 ATS de 13 de octubre de 2016, Medidas cautelares 108/2016.

1208 «Indicadores sobre la revocación de sentencias a la luz de la Estadística Judicial. Año 2015», *Datos de Justicia Boletín Información Estadística* Nº 44 –abril 2016, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

De este modo la ejecución provisional ha de contar con los siguientes elementos: 1. Sólo se refiere a sentencias. 2. Con pronunciamiento sobre el fondo. 3. Que haya estimado, al menos parcialmente, la pretensión. 4. Ha de tratarse de sentencias de condena, no siendo susceptibles de ejecución provisional las meramente declarativas y las constitutivas, las últimas en términos generales porque, como se verá, hay excepciones a la regla (art. 303 LJS). 5. Se ha debido preparar el correspondiente recurso devolutivo.

La ejecución provisional se reguló por primera vez en los artículos 1068 a 1071 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 como instrumento posible en fase de recurso de casación y condicionada a que la sentencia dictada resolviendo el recurso de apelación confirmase íntegramente la dictada en la instancia, así como a que se prestase fianza: «Las sentencias contra las cuales se hubiere interpuesto y aun admitido recurso de casación, pueden llevarse a efecto, si el que las hubiere obtenido lo pidiere y fueren conformes con las de la primera instancia» (Art. 1068). «Para que el Tribunal Superior pueda acceder a la ejecución de la sentencia contra la cual se hubiere interpuesto recurso de casación, se necesita que el que pida la ejecución preste antes fianza bastante, a satisfacción del Tribunal para responder de cuanto recibiere o pudiere recibir, caso de ser anulada la ejecutoria» (Art. 1069).

Con la Ley de 22 de abril de 1878 de casación civil, manteniendo esta regulación, se suprimió el primer requisito: «Podrá la Audiencia decretar la ejecución de la sentencia a petición de la parte que la hubiere obtenido, aunque se haya interpuesto y admitido el recurso de casación, si presta antes fianza bastante de cuanto recibiere o pudiere recibir si se declarase la casación» (Art. 100) y en estos términos pasó la regulación a la LEC de 1881 en su Título XIV del Libro segundo (arts. 1397 a 1428). Incluía dos secciones: la primera De los embargos preventivos (arts. 1397 a 1418), y la segunda Del aseguramiento de los bienes litigiosos (arts. 1419 a 1428).

Pero fueron las modificaciones en ella introducidas por Ley 34/1984, de 6 agosto –art. 385- (BOE 7-8-1984) las que generalizaron su régimen jurídico al extender su aplicación a las sentencias dictadas en primera instancia recurridas en apelación, obviándose incluso la condición de que la sentencia a ejecutar provisionalmente se sujetase legalmente al efecto suspensivo del recurso de apelación. En cualquier caso, la práctica forense de los años posteriores puso de manifiesto una general reticencia tanto por los letrados a solicitarla, como por los tribunales a concederla como consecuencia de los distintos inconvenientes que esta regulación planteaba: «A pesar de lo relevante de esta reforma, su regulación resultó parca y desacertada, especialmente en materia de procedimiento. Problemas tales como la delimitación del ámbito de las resoluciones susceptibles de ejecución, la legitimación para solicitarla, la determinación de la incorrectamente denominada “fianza”, la fijación de un plazo preclusivo para solicitar la concesión de la ejecución o la ausencia de una regulación sobre los efectos de la revocación de la sentencia que fue provisionalmente ejecutada, siguen todavía hoy, a pesar de los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales, vigentes y sin resolverse con criterios uniformes, indiscutibles y servibles para colmar las deficiencias y lagunas que la norma presenta. Ello ha hecho que en la práctica los órganos jurisdiccionales, tras una primera etapa de cierta euforia sean recios a la concesión de dicha ejecución»¹²⁰⁹.

La LEC unifica su régimen jurídico (Título II del Libro III -arts. 524 a 537-), y en él destacan las siguientes características: Se equipara la ejecución provisional de la sentencia de condena,

1209 MUERZA ESPARZA, J.J., «Algunas consideraciones sobre la ejecución provisional en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Aranzadi Civil* n° 16/2000, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

no firme, a la ejecución ordinaria en relación con los derechos y facultades de las partes, se podrá solicitar sin simultánea prestación de caución y se regula un trámite de oposición¹²¹⁰. Resulta por tanto que aun cuando en torno a la naturaleza jurídica de la ejecución provisional se han mantenido tres perspectivas: asimilarla a una medida cautelar, distinguir casos con fundamento en el *periculum in mora* de otros en que tal riesgo no existe, y considerarla un proceso de ejecución, su regulación legal demuestra su naturaleza de ejecución y la exclusividad de sus aspectos¹²¹¹, incluso necesariamente más singularizados en otros órdenes jurisdiccionales como el social.

En el orden social la naturaleza del bien jurídico sobre el que se ha emitido un pronunciamiento favorable justifica en muchos casos su cumplimiento definitivo aun cuando la provisionalidad de aquél concluya en su revocación: «ejecución definitiva en ejecución provisional»¹²¹². Que la retribución salarial o la prestación de la Seguridad Social constituya el medio esencial de subsistencia, cuando no el único, para la mayoría de la población no sólo aporta la clave al particular régimen jurídico de la ejecución provisional en el proceso de trabajo sino que explica el ineludible carácter tuitivo del derecho social y de su manifestación procesal, a tal punto que la revocación del pronunciamiento en condenas al pago de cantidad de dinero no determina ni siquiera, en muchos casos, el reintegro al ejecutado de lo percibido durante la sustanciación del recurso o recursos devolutivos. La doctrina constitucional considera las finalidades de la ejecución provisional al resolver los recursos de amparo: evitar al trabajador perjuicios por el retraso en la efectividad de la resolución judicial y protegerle frente a posibles recursos dilatorios¹²¹³, objetivos en los que subyace el principio de obtención de justicia material y de compensación de la originaria desigualdad de las partes¹²¹⁴.

En una dicción muy similar, que no idéntica, los artículos 117.3 de la CE y 2 de la LOPJ disponen que la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales, tal y como se ha recordado repetidamente en este trabajo. Es bien sabido que la ejecución o el cumplimiento de lo decidido en sentencia u otra resolución judicial conforma una parte nuclear de la efectividad de la tutela judicial, puesto que en caso contrario, la sentencia se convertiría en «papel mojado». Sin embargo, el principal mecanismo de debilitamiento de la efectividad de tal tutela es el derecho de acceso al recurso devolutivo legalmente previsto, como se ha visto. Con todo, y a pesar de compartir la denominación sustantiva con la ejecución de sentencias firmes y de traducirse en satisfacer el cumplimiento de lo decidido en sentencia que aún no es inamovible por estar recurrida, presenta el fundamento propio de la tutela cautelar: bajo condiciones ineludibles es otro instrumento de aseguramiento de la eficacia de la sentencia. Al contrario que en la adopción de cualquier medida cautelar, la ejecución provisional es posible gracias a que la parte cuenta ya con una condena a su favor en sentencia, aunque no goce de idéntica fuerza ejecutiva que una sentencia firme, por

1210 *Ut supra*.

1211 MONTERO AROCA, J., *El nuevo...*, cit., p. 615.

1212 RUIZ MORENO, J.M., «La tutela ejecutiva de los anticipos a cuenta en el proceso laboral: análisis de sus problemas y propuestas de solución», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 387 (junio 2015), CEF, Madrid, 2015, p. 61.

1213 Aunque referido a los procesos civiles, resulta muy interesante la lectura de RAMOS ROMEU, F. «¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, nº 4/2006, Barcelona, 2006 (WWW.INDRET.COM).

1214 STC 87/1996, F.J. 3º, por todas.

lo que firmeza y ejecutabilidad no son sinónimos¹²¹⁵. Se ha afirmado¹²¹⁶ a este respecto que: «Un importante sector de la doctrina, entendiendo que la ejecución provisional es en realidad una ejecución sometida a condición, ha considerado que la ejecución de cualquier sentencia sólo está supeditada a la existencia de un título de ejecución, el cual queda sin efecto como consecuencia de la interposición de un recurso. Eso significa que la ejecución provisional habría de regirse por las mismas reglas establecidas para la definitiva, de modo que si la sentencia dictada en segunda instancia fuera confirmatoria de la dictada en primera instancia, la ejecución se reanudaría en el lugar en que haya quedado y continuará si aún no hubiera terminado. El principio de identidad en cuanto al contenido de la ejecución es el que determina que la ley conceda a las partes intervinientes en la ejecución provisional los mismos derechos y facultades que en la ordinaria, regla de la que tan sólo se exceptúan los supuestos en los que la ejecución tuviese por objeto la inscripción en los registros públicos, salvo que se trate de anotaciones preventivas». Tal y como expresa el art. 524.2 y 3 LEC: «...se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria... las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva» y, en los mismos términos, el art. 304.1 LJS: «... las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva».

La doctrina constitucional sobre este proceso ha sido recopilada y resumida por la doctrina¹²¹⁷ con estas afirmaciones:

- «No obstante el diferente tratamiento legislativo que la figura dispensa al trabajador frente al empresario, la misma no sólo no contradice el principio de igualdad (formal) ante la Ley de todos los españoles, sino que, por el contrario, se convierte en un instrumento de igualdad sustancial y material que trata de corregir y compensar la situación de desigualdad originaria, económica, contractual y procesal de sujetos y partes procesales, respectivamente, que padecen los trabajadores frente a los empresarios.
- Ni el derecho a la ejecución provisional laboral, como tampoco a la no ejecución, es un derecho fundamental, en principio, que hunda sus raíces en el derecho a la tutela judicial efectiva, en sí misma considerada. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, que sí forma parte del contenido a la tutela judicial efectiva, aquélla puede tener un respaldo constitucional, por vía indirecta, que termine por conectarse con el art. 24.1 CE.
- La presencia de un derecho fundamental en el ámbito de la ejecución inmediata, como modalidad específica de ejecución provisional laboral, que protege frente a la transgresión del derecho y procura su inmediata reparación, obliga al órgano judicial que declara la lesión, a una argumentación más exigente de la decisión judicial que deniegue la tutela, a un mayor control de tal decisión judicial, y a tener que buscar en circunstancias extraordinarias o excepcionales (como los daños desproporcionados a terceros) las razones para motivar una eventual negativa a la reparación.

1215 MONTERO AROCA, J., *Proceso Laboral Práctico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 1041.

1216 DAMIÁN MORENO, J., «La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil», *RJUAM*, nº 19, 2009-I, p. 214.

1217 PÉREZ PÉREZ, M., «Implicaciones constitucionales de la ejecución provisional de sentencias laborales», en AA.VV., (Coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, LA LEY, Madrid, 2006, pp. 1127-1143.

- La ejecución provisional común prevista para la satisfacción de los derechos laborales inespecíficos puede, no obstante sus diferencias con la ejecución provisional laboral, ser contrastada a la luz de la tutela judicial efectiva cuando sea denegada por una resolución judicial incongruente, arbitraria o irrazonable».

La LJS incluye su propia, exhaustiva y singular regulación en la materia, con pocas novedades y poco significativas en relación con sus predecesoras, aunque con mejoras técnicas¹²¹⁸. El Título II de su Libro IV con sus artículos 289 a 304, se estructura en cinco Capítulos dedicados a: 1. La ejecución provisional de las sentencias condenatorias al pago de cantidades (arts. 289-283), 2. De las condenatorias en materia de Seguridad Social (arts. 294-296), 3. De las de despido (arts. 297-302), 4. De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos (art. 303) y 5. Normas comunes a la ejecución provisional. Cierra el título y, con él, el articulado de la norma, el art. 305 para disponer que las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no se puedan ejecutar provisionalmente según este régimen jurídico específico, podrán serlo en la forma y condiciones de la LEC (arts. 524 a 537) de la que se ha dicho que «contiene un completo catálogo de preceptos que regulan cuestiones relacionadas con la efectividad de la sentencia de fondo impugnada»¹²¹⁹.

La regulación de la LJS es destacadamente facilitadora, al suprimir la necesidad de prestar caución. Da por supuesto el legislador que la parte ejecutante en el proceso laboral es el trabajador o el beneficiario de prestaciones de Seguridad Social y, habitualmente, así es. No obstante, también el empresario puede obtener una sentencia que reconozca una condena a su favor, caso en el que de ser recurrida ésta e interesarle su ejecución provisional -supuesto poco habitual- podemos preguntarnos si el derecho universal a solicitarla queda excepcionalmente cercenado o si la aplicación supletoria de la LEC *ex art. 4*, posibilita este derecho por encima de lo dispuesto en el art. 305 LJS que, como se ha visto, también se refiere, en exclusiva, al trabajador o beneficiario.

Reflexiones al respecto¹²²⁰ han concluido en la procedencia de su aplicación en casos tan singulares, porque de otro modo se incurriría en clara discriminación. Aunque la institución -que trata desigualmente a trabajadores y empresarios- contradice en la práctica la incidencia del principio de igualdad real y efectiva de todos los españoles ante la Ley, el TC ha insistido e insiste en el carácter compensador e igualador del Derecho del Trabajo y en la función coadyuvante, en el mismo sentido, del Derecho Procesal Laboral, considerando a ambos como realidades inescindibles¹²²¹.

La doctrina procesalista¹²²² ha señalado las razones que han conducido al legislador a regular esta ejecución provisional: la sentencia definitiva de condena recurrida da al derecho del actor

1218 OLARTE MADERO, F., «Novedades en ejecución: transacción, ejecución de conflictos colectivos y ejecución provisional», en AA.VV., (Directores: BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M.), *La reforma del proceso laboral La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp.493-498.

1219 CABALLO I ANGELATS, L., «La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000», *Revista Xuridica Galega*, nº 26, 2000, p. 295.

1220 LAHUERTA BELLIDO, M.I., «Supletoriedad de la Leciv en la ejecución provisional laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num. 5/2003, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\1664).

1221 PÉREZ PÉREZ, M., «Implicaciones constitucionales de la ejecución provisional de sentencias laborales» en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, LA LEY, Madrid, 2006 (LA LEY 5460/2007).

1222 MONTERO AROCA, J., *Proceso Laboral...*, cit., p. 1041.

una apariencia muy fundada de certidumbre; dotando a la sentencia definitiva de fuerza ejecutiva se desincentiva la interposición de recursos con vocación dilatoria; favorece la igualdad de las partes porque también busca que la duración del proceso no aproveche a la más fuerte y, por último, se destaca que la subsistencia del actor se salvaguarda, en tanto que la deuda salarial se asimila en cierto modo a la alimenticia.

A pesar de que la LJS reserva el último Capítulo a la regulación de las normas comunes a la ejecución provisional, al igual que regula ésta en el Título II, tras la ejecución definitiva, aspectos, al menos, curiosos puesto que cronológicamente primero sucede, en su caso, la provisional y después, también en su caso, la definitiva, no se respeta en este estudio el propio orden de la norma procesal. En primer lugar, se señalan los aspectos incluidos en las *normas comunes*.

El vigente art. 304 es mucho más explícito y completo que su predecesor (art. 302 LPL). Concreta la competencia para despachar y para gestionar la ejecución provisional, que se asigna al juzgado o tribunal que haya dictado la sentencia a ejecutar para ambos cometidos. Este aspecto difiere de la regulación anterior por cuanto, entonces, si la sentencia a ejecutar provisionalmente era la dictada en suplicación y recurrida en casación para la unificación de doctrina, el despacho correspondía a la Sala del TSJ pero se llevaba a cabo por el juzgado de lo social, es decir, por el que había resuelto en la instancia. Añade el mismo precepto, a renglón seguido, que las partes dispondrán de idénticos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva, lo que refuerza la unánime aceptación de que ambas ejecuciones -la provisional y la definitiva- comparten la misma naturaleza, insistimos.

También innova su apartado segundo habilitando, de oficio o a instancia de parte, la adopción de medidas cautelares para asegurar, garantizar y defender los derechos afectados en la ejecución según las normas establecidas en el correspondiente art. 79 LJS. Por último, se reitera el sistema de recursos (apdos.3º y 4º) en ejecución provisional:

- Frente a las resoluciones judiciales sólo cabe recurso de reposición con dos excepciones -que constituyeron la novedad-. Son recurribles en suplicación o en casación (arts. 191.4 d) 4º y 206.4 c), respectivamente):

1. El auto que adopte materialmente una *decisión comprendida fuera de los límites de la ejecución provisional*. El enunciado «constituye un auténtico concepto jurídico indeterminado que, tal vez, quizá con el transcurso de los años la doctrina judicial acabe acotando adecuadamente»¹²²³. La STS de 5 de julio de 2016 (Rec. núm. 177/2015), se extiende sobre los distintos aspectos de la ejecución provisional: su contenido, su alcance y sus límites. En relación con los últimos razona que «la ejecución provisional se deberá también llevar “a efecto en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta” (arg. ex art. 241.1 LRJS), sin extralimitaciones, controlables excepcionalmente por vía de recurso de suplicación y/o casación ordinaria cuando en el auto de ejecución provisional “se adopte materialmente una decisión comprendida fuera de los límites de la ejecución provisional” o “se declare la falta de jurisdicción o competencia del orden jurisdiccional social” para conocer del proceso de ejecución provisional (art. 304.3 en relación con arts. 191.4.d.4º y 206.4.c LRJS). La LRJS ha asumido, por tanto, la jurisprudencia de la Sala IV

1223 GONZÁLEZ CALVET, J., *Ejecución provisional de las sentencias en la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 76.

del Tribunal Supremo que había tenido que admitir la posibilidad de esta clase de recursos de suplicación y/o casación contra autos dictados en ejecución provisional en los que se declaraba la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de una pretendida ejecución provisional (entre otras, SSTS/IV 17-julio-1993 -rcud 357/1993), o contra los que se adoptaban decisiones de carácter definitivo (p.ej., resolver una relación laboral) que excedían materialmente de los límites de la ejecución definitiva (doctrina sentada, entre otras, en las SSTS/IV 17-septiembre-1997 -rcud 4150/1996 -, 23-septiembre-1997 - rcud 29/1997)» (F.J. 2º).

2. El auto que declare la *falta de jurisdicción o competencia del orden social*. La excepción abierta a los recursos devolutivos es fruto de los razonamientos de la STS de 23 de septiembre de 1997 (RCUD núm. 29/1997)¹²²⁴: «Lo que sucede es que la resolución que deniega la ejecución provisional -como la que la concede- podrá ser acertada o no, pero habrá que estar, para valorar esa resolución, a las normas sobre la procedencia o no de esa modalidad de ejecución, y en cualquier caso la resolución que sobre ello se adopte será irrecurrible porque así lo establece la ley. Y no puede sostenerse que es recurrible cuando deniega la ejecución, porque entonces viola normas esenciales de procedimiento, y no cuando la concede, o que es recurrible si la concede acertadamente a juicio del órgano «ad quem» y no cuando lo hace sin acierto. En realidad, la única solución coherente desde esa posición sería abrir el recurso en todas las decisiones sobre la procedencia de la ejecución provisional, pero sería una solución manifiestamente contraria a la ley, que, atendiendo a otras razones, ha querido excluir el recurso extraordinario en estos casos» (F.J. 3º).

Actualmente la doctrina que mantiene la Sala Cuarta rectificada en su Sentencia de 4 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 149/2015) entiende que «la regla general y previa es la de que el único recurso que cabe en principio contra la decisión por la que se acuerda despachar ejecución provisional es el de reposición, tal y como establece el número 3 del artículo 304 LRJS, y si a la vista de las alegaciones del recurrente en reposición y del propio contenido del auto que lo resuelva se aprecia que existe un eventual rebasamiento de los límites de la ejecución provisional, en ese caso sí procederá la sustanciación del correspondiente recurso de casación, limitado –reiteramos una vez más- a supuestos muy excepcionales» (F.J. 3º).

- Frente a las resoluciones procesales del letrado J, procede recurso de reposición, salvo que directamente quepa el de revisión. Con la Ley 13/2009 que asignara importantes funciones al letrado J en ejecución provisional, y con la posibilidad de recurrir en suplicación o en casación el auto que resuelve el recurso de revisión frente a decretos de aquél, se afrontó «el riesgo temido en viejos pronunciamientos jurisprudenciales (...) de que se resuelva antes el recurso frente a la sentencia que el recurso frente a la ejecución provisional que entonces carecería de sentido»¹²²⁵. Sin embargo, no siempre se consigue, como muestra la STS de 5 de julio de 2016 (RCUD núm. 177/2015) *supra* invocada y, no obstante ello, siendo la ejecución provisional de sentencias un procedimiento autónomo legal independiente del resultado del recurso contra la sentencia que se ejecuta provisionalmente, procede adoptando medidas que respeten el título ejecutivo y que no resulten irreversibles para la ejecutada ni para terceros (F.J. 3º).

1224 MARTÍNEZ MOYA, J., «Artículo 304. Competencia, medidas cautelares e impugnación de la ejecución provisional», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 1694.

1225 ROJAS RIVERO, G.P., «Artículo 304. Competencia, medidas cautelares e impugnación de la ejecución provisional», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.) *Ley de la Jurisdicción Social*, Comares, Granada, 2013, pp. 1602-1603.

6.1. Ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades o «anticipos reintegrables garantizados»

La doctrina¹²²⁶ considera lógico que ocupen el primer lugar en la ordenación de la ejecución provisional porque fue la primera que accedió a la regulación procesal laboral y porque cuantitativamente es el supuesto más importante: «De hecho, en un principio esta ejecución se vinculó a la existencia de un Fondo público que anticipaba al trabajador con sentencia a su favor un porcentaje de las cantidades reconocidas por ésta, previa prueba de situación de necesidad y compromiso de reintegro, aspecto éste que teñía la figura de las notas propias de la asistencia social». En realidad, antes, el Decreto de 23 de octubre de 1938 (promulgado en la zona rebelde) había previsto la ejecución provisional de sentencias dictadas por la Magistratura de Trabajo en materia de reclamaciones procedentes de accidentes de trabajo¹²²⁷. Con la creación del «Fondo de anticipos reintegrables al trabajador sobre sentencias recurridas» se dispuso un procedimiento tan singular –por las condiciones para su acceso por el trabajador, por el papel de la Magistratura y por los límites en los anticipos– que la doctrina no llegó a considerarla como ejecución provisional, denominándolos «acto de jurisdicción voluntaria», «asistencia social» o «procedimiento administrativo»¹²²⁸.

Su caracterización actual partió de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral: «Se establecerán las medidas necesarias para anticipar al trabajador la ejecución provisional de las sentencias recurridas que le hayan sido favorables y en las que se hubiere condenado al empresario al pago de una cantidad» (Base 40.1). El anticipo sobre la condena dineraria de la sentencia recurrida, instado y despachado en ejecución provisional, es objeto de dos límites legales cuantitativos¹²²⁹. Uno absoluto, por cuanto alcanzará como máximo total el 50 por ciento del importe reconocido en la sentencia, el segundo, relativo, se refiere al máximo anual que se sitúa en el doble del SMI vigente con prorrata de pagas extraordinarias (Apartados 2 y 3, respectivamente, del art. 289 LJS).

El Estado (Ministerio de Justicia) garantiza su reintegro, o lo abona directamente, dependiendo de que para recurrir la sentencia se haya efectuado consignación de la condena (en metálico, con aval o con cualquier otro medio admitido), o no (por no ser preceptivo) respectivamente, según disponen los arts. 289.1 y 290 LJS, asumiendo con aquél solidariamente la obligación de reintegro, el solicitante.

Si la sentencia que resuelve el recurso devolutivo confirma la recurrida, adquiere firmeza y si el anticipo se realizó con cargo a la consignación se abonará al trabajador la diferencia hasta el importe

1226 MONEREO PÉREZ y OTROS, *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 441.

1227 GONZÁLEZ CALVET, J., *Ejecución provisional...*, cit., p. 119.

1228 RUIZ MORENO, J.M., «La tutela ejecutiva de los anticipos a cuenta en el proceso laboral: análisis de sus problemas y propuestas de solución», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 387 (junio 2015), CEF, Madrid, 2015.

1229 «...responde en su esencia a un problema de suficiencia de cobertura presupuestaria. De forma que mediante su fraccionamiento se trataría de “suavizar” la obligación de desembolso para el Estado o, incluso, de ser obligada la constitución de consignación constituiría un justo equilibrio entre, por un lado, su preceptividad al tiempo del anuncio del recurso y, de otro, la no excesiva onerosidad del anticipo sobre el montante consignado que sólo se espolia en su totalidad con ocasión de la confirmación de la sentencia (art. 291.1 LRJS)», RUIZ MORENO, J.M., «La tutela ejecutiva de los anticipos a cuenta...», cit., p. 53.

total de la condena, con cargo a aquélla. En el mismo caso, si el anticipo se abonó directamente por el Estado, el trabajador tendrá que reclamar la diferencia al empresario y el Estado se subrogará en los derechos de aquél para recuperar del último el importe anticipado (art. 291).

Si por el contrario, la sentencia dictada resolviendo el recurso revoca la recurrida total o parcialmente el trabajador, ahora deudor, deberá reintegrar lo anticipado a cargo de la consignación, en todo o en parte, para lo que cuenta con la responsabilidad solidaria del Estado. En el mismo caso, si el Estado abonó directamente el anticipo podrá reclamar al trabajador el reintegro del mismo (art. 292).

Si el reintegro no se realiza de forma voluntaria, la propia resolución firme con la que se despachó la ejecución provisional será título ejecutivo para la ejecución forzosa frente al trabajador, aunque el magistrado valorando un posible perjuicio grave para aquél podrá aplazar el pago hasta por un año¹²³⁰ adoptando las medidas de aseguramiento oportunas y necesarias (art. 293).

La doctrina¹²³¹ ha destacado las mejores condiciones, en principio, de la regulación procesal civil que no incluye límites cuantitativos ni temporales, y a pesar de que el posible reintegro se grava con costas y con resarcimiento de daños y perjuicios. Pero también se ha señalado que ambos límites podían haberse dispuesto en forma más amplia y que quizás en la regulación «se tuvo presente la idea de gravar en exceso la responsabilidad solidaria del Estado en la devolución de lo anticipado»¹²³². Así mismo se ha criticado la adopción de un criterio de reintegro tan riguroso¹²³³ en las leyes procesales laborales posteriores a la de 1980 por cuanto en ésta se hablaba «de una causa que notoriamente *impida* la realización del reintegro o que por su especial naturaleza *aconseje* el aplazamiento, ejemplificándose como tales el paro forzoso, la enfermedad o la incapacidad temporal (art. 224); se permitía incluso tener por *fallido* el saldo no reembolsado en los casos de muerte o incapacidad permanente del obrero, y hasta la *cancelación* de la deuda en casos «notoriamente excepcionales» (art. 225)».

A la vista del panorama legal y habida cuenta de que cada vez tardan menos en resolverse los recursos devolutivos sociales, en mi opinión, no es muy recomendable solicitar el anticipo¹²³⁴. No siempre, claro está, pero en muchas ocasiones el concepto objeto de la pretensión lo constituye, como se ha reiterado, el único o principal medio de subsistencia del trabajador o una indemnización con la que aliviar la nueva situación material más precaria. Sin embargo, atendiendo al contexto social y familiar actual y en un ejercicio de confianza en que la sentencia recurrida será confirmada, no cabe duda que resulta más fácil y económico solicitar el anticipo que recurrir a otros medios para salvar la muy probable situación de necesidad. El reintegro sin intereses y la posibilidad de aplazamiento (art. 293.2 LJS), favorecen esta opción.

1230 «...lo que en realidad es un supuesto de suspensión, no del embargo ejecutivo, sino sólo de la fase de realización forzosa», MONTERO AROCA, J., *Proceso Laboral...*, cit., 1053.

1231 BLASCO PELLICER, Á., «La ejecución provisional», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.), *El proceso laboral*, Tomo II, pp. 2511-2512.

1232 *Ut supra*, p. 2512.

1233 RÍOS SALMERÓN, B., «Artículo 293. Incumplimiento de la obligación de reintegro por el trabajador», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 1642.

1234 «figura cuya escasa utilización, confirmada por la práctica, ha sido subrayada por la doctrina (ALONSO OLEA).», MONTOYA MELGAR y OTROS, *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 607.

6.2. Ejecución provisional de sentencias condenatorias en materia de seguridad social

Dedica el Capítulo tres artículos para tres objetos de ejecución provisional: condena al pago de prestaciones de pago periódico, condena al pago de prestaciones de pago único y condena a obligaciones de hacer o no hacer, todas ellas de Seguridad Social. Por todos es sabido que la mayoría de las prestaciones que integran la acción protectora del nivel contributivo y no contributivo del Sistema de Seguridad Social son «por mayoría absoluta» económicas y, así mismo, que éstas también en su generalidad son de pago periódico. Tampoco ignoramos que las últimas suelen denominarse pensiones por su vocación vitalicia o, más correcto sería decir, por su posible condición vitalicia, o subsidios, cuando su duración es temporal. No está de más recordarlo¹²³⁵ porque la regulación de la ejecución provisional de la sentencia condenatoria al pago de prestaciones de pago periódico (art. 294 LJS) no distingue pensiones de subsidios, y porque la distinción presenta dos características que, en ocasiones, proyectan falsas expectativas en el beneficiario.

La primera nota distintiva es que son ejecutivas, en principio, sin necesidad de que se solicite despacho de ejecución a instancia de parte: el condenado está obligado a abonar la prestación, hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso. Tal es así que la norma reguladora de la consignación para recurrir, común a los recursos de suplicación y casación (art. 230.2 a) LJS), establece unas reglas de aplicación singular en materia de Seguridad Social cuyo incumplimiento, aún siendo subsanable, determinaría la inadmisión a trámite del recurso. Se trata de que para poder recurrir, el condenado al pago de la prestación cuyo derecho se ha reconocido en la sentencia, ha debido de ingresar en la TGSS el capital coste de la pensión o el importe de la prestación para abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso acreditándolo en la oficina judicial con el oportuno resguardo. Si la condenada es una Entidad Gestora de la Seguridad Social basta con que al anunciar (en el recurso de suplicación) o preparar (en los recursos de casación) presente certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo mantendrá durante la tramitación del recurso, para las prestaciones de pago periódico, hasta el límite de su responsabilidad (art. 230.2 c) LJS).

Pues bien, merece insistirse en que esta dinámica juega sólo para las prestaciones de pago periódico. Las de pago único siguen otro régimen que se verá después y, algo crucial: la ejecución provisional puede quedar sin contenido para el beneficiario si antes del anuncio o preparación del recurso devolutivo la prestación se ha extinguido por alguna de las causas legal y reglamentariamente establecidas, asimilándose en este caso a las prestaciones de pago único para su posible ejecución provisional. A esto me refería con lo de «falsas expectativas», por una parte. La segunda peculiaridad es que si la sentencia fuese revocada al resolver el recurso total o parcialmente, el beneficiario no debe reintegrar lo cobrado en ejecución provisional, ni pierde el derecho a que se le abone lo que aún no hubiera percibido hasta la firmeza de esa sentencia. Tampoco pueden compensarse tales cantidades con posibles obligaciones pendientes del beneficiario con el Sistema de Seguridad Social¹²³⁶.

1235 Y la distinción es una constante en los estudios sobre la materia. Véanse por ejemplo MONTERO AROCA, J., y MARÍN CORREA, J.M^a, *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 92 a 100, o BARBA MORA, A., «Comentario al artículo 292 de la Ley de Procedimiento Laboral. Consignaciones y ejecución provisional de las sentencias condenatorias al pago de subsidios de Seguridad Social», *RGDTSS* N° 7 noviembre 2004 (RI 403249).

1236 MONTERO AROCA, J., y MARÍN CORREA, J.M^a, *La ejecución provisional...*, cit., p. 96.

Respecto a las prestaciones de pago único y a los subsidios o pensiones extinguidas al dictarse la sentencia recurrida, su ejecución provisional (art. 295 LJS) habrá de ser solicitada por el beneficiario, y despachada obtendrá anticipos reintegrables en los términos previstos para las sentencias con condena al pago de cantidades, por lo tanto, poco recomendable como se ha opinado, aunque quizás necesario.

En cuanto al efecto provisional asignado a las condenas de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social (art. 296 LJS), mayoritariamente referidas a prestaciones sanitarias, se destacan sólo tres aspectos: se precisa solicitud del beneficiario, su despacho queda a la decisión del magistrado o Sala que, ponderando las circunstancias, podrá acordarla o no hacerlo, y no se exige fianza. Además lo serán en la forma y condiciones de la LEC *ex* art. 305 LEC¹²³⁷. De esta exención y de la regla general de inexistencia del deber de devolución o resarcimiento, se ha entendido¹²³⁸ que debe derivar la irresponsabilidad del beneficiario tras la revocación de la sentencia.

Pero en la modalidad procesal de Seguridad Social existen dos «sub-modalidades»¹²³⁹ más de procesos susceptibles de recursos devolutivos y, por tanto, sobre las que debe plantearse su posible ejecución provisional a pesar de que la regulación específica, anteriormente recordada, guarde silencio al respecto. Se trata de los procesos de revisión de actos declarativos de derechos (art. 146 LJS) y del proceso de oficio incoado por el SEPE para obtener la devolución de prestaciones por desempleo por contratación fraudulenta de manos de la empresa (art. 147 LJS). En el primer caso el apartado 4º del precepto dispone que la sentencia que declare la revisión del acto impugnado, por tanto la sentencia estimatoria de la demanda del organismo público, será inmediatamente ejecutiva. Consecuencia de ello es que con la resolución judicial, aunque sea recurrida, el organismo está plenamente legitimado para cesar en el abono de la prestación que aún no se haya extinguido. La pregunta es si puede solicitar, en ejecución provisional, el reintegro de lo indebidamente percibido por el beneficiario hasta ese momento. No existe un criterio unánime al respecto y también puede afirmarse que no es habitual que las entidades u órganos gestores soliciten la ejecución provisional, pero la posibilidad está ahí. La doctrina¹²⁴⁰ ha interpretado que sería fácil admitir que la única intención del precepto es impedir el percibo de una prestación de futuro desde la sentencia, por varias razones: la ausencia de referencia expresa a la devolución de lo percibido, el silencio en la regulación de la ejecución provisional sobre esta materia concreta y, en particular, la omisión en el art. 303 (*Ejecución provisional de sentencias dictadas en otras modalidades procesales*) que sí especifica qué sentencias de otros procesos serán inmediatamente ejecutivas desde que se dicten.

En la segunda «sub-modalidad» la pretensión del SEPE persigue que se declare la responsabilidad prestacional de la empresa y, con ello, recuperar la mayor parte de las prestaciones -y cuotas- abonadas al beneficiario a cargo de aquélla. La norma (art. 147.4 LJS), igual que el caso anterior, se limita a disponer que la sentencia será inmediatamente ejecutiva. Sin embargo, de prosperar la demanda del SEPE, será la empresa, normalmente, quien recurra y como tal,

1237 BLASCO PELLICER, A., «La ejecución provisional», cit., p. 2534.

1238 MONTERO AROCA, J., y MARÍN CORREA, J.M^a, *La ejecución provisional...*, cit., p.104.

1239 No se atiende al proceso sobre impugnación de altas médicas puesto que la Ley es taxativa sobre la irrecorribilidad de la sentencia: «..., y la sentencia, que no tendrá recurso,...» (art. 140.3 c) LJS).

1240 BLASCO PELLICER, A., «La ejecución provisional» en AA.VV., *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2537-2538.

también normalmente, habrá de realizar y acreditar la consignación del importe de la condena para la admisión de su recurso, con lo que si la gestora no quiere esperar a la resolución del recurso o recursos y con ello, a la sentencia firme favorable a su pretensión, bien puede solicitar ejecución provisional, que con su despacho se satisfará en los términos legales sobre la condena asegurada.

6.3. Ejecución provisional de las sentencias de despido

De todos es bien sabido que contra la sentencia que resuelve sobre la impugnación de la decisión empresarial de extinción del contrato o despido «en su sentido amplio» individual y plural, siempre procede recurso de suplicación, y, en consecuencia, potencialmente recurso de casación para unificación de doctrina. Adquiere así la ejecución provisional de las sentencias de despido un papel de singular relevancia puesto que las partes litigantes, trabajador y empleadora, precisan saber –tanto si recurre una de ellas como ambas- la primera cual será su situación mientras se sustancia el recurso o recursos -y en el último caso cómo puede variar aquélla como consecuencia de la sentencia que resuelve el recurso y es nuevamente recurrida-, qué pasos ha de dar, en su caso, si puede resistirse a la opción de la empleadora y con qué consecuencias. Del mismo modo la empresa condenada debe conocer qué derechos y obligaciones le afectan durante la tramitación del recurso devolutivo, qué implicaciones tiene su resistencia y si es posible un eventual nuevo despido durante la readmisión originada por la ejecución provisional. En relación con la última cuestión, «despido sobre despido», debe citarse la doctrina jurisprudencial recogida en la STS de 16 de enero de 2009, reiterada en la de 30 de marzo de 2010 (RRCUD números 88/2008 y 2660/2009, respectivamente), según la cual: «1. El despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción. 2. No obstante, se admite la posibilidad de un segundo despido durante la tramitación de la impugnación de otro anterior a partir de la consideración de la falta de firmeza de éste sin perjuicio del efecto extintivo del acto empresarial de despido al margen de su impugnación. 3. En estos casos de lo que coloquialmente se llama «despido dentro del despido», ha de entenderse que el segundo despido no constituye por sí mismo un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación que extinguió el primer despido, sino que se configura como una medida preventiva para el supuesto de que la primera decisión extintiva no gane firmeza. 4. Si con posterioridad la primera decisión extintiva gana firmeza el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme, pero de no ser así el segundo despido puede desplegar una eficacia propia, sin perjuicio de lo que resulte de su impugnación (F.J. 3º, de la segunda).

El régimen jurídico procesal en la materia y su análisis se considera bastante complicado por la doctrina porque «la LJS mantiene notorias imperfecciones técnicas en su regulación y en su sistemática, lo que produce el mantenimiento de múltiples situaciones de confusión que necesitan de cuidadas interpretaciones para solucionar los diversos problemas que la regulación positiva deja sin resolver»¹²⁴¹. La regulación se integra con tres grupos de preceptos no conjuntamente ubicados. La ejecución provisional de las sentencias de despido (arts. 297 a 302 LJS) precisa para su aplicación y entendimiento de los artículos 111 a 113 de la misma Ley con los que culmina

1241 *Ut supra*, p. 2542.

la regulación de la modalidad procesal del despido disciplinario, de aplicación a la impugnación de las decisiones empresariales de extinción de contrato con las especialidades necesarias, sin perjuicio de lo previsto para la extinción por causas objetivas, y de las consecuencias sustantivas para cada tipo de extinción (art. 103.2). A ellos se suma, en su caso, la aplicación de medidas garantizadoras del ejercicio de funciones y actividades para los representantes legales y sindicales de los trabajadores durante la readmisión en ejecución provisional (por remisión expresa al art. 284 c) LJS), la posibilidad de solicitar anticipos reintegrables (ya tratados) y, en su caso, la adopción de medidas para la protección frente al acoso y para trabajadoras víctimas de violencia de género (por remisión expresa al art. 180.4 LJS).

El punto de partida es una sentencia dictada en proceso de despido, recurrida y cuyo fallo lo ha declarado nulo o improcedente, habiéndose elegido, en el segundo caso, la readmisión, ostente quien ostente el derecho de opción y haciéndolo de forma expresa o tácita (pues tal es la consecuencia prevista legalmente para la ausencia de opción expresa en plazo, según el art. 56. 3 y 4 ET). La ejecución provisional de la condena definitiva no firme, se refiere en principio a dar cumplimiento a la obligación -consecuencia jurídica- de los pronunciamientos de readmisión, aunque en realidad y en definitiva, a las garantías económicas anudadas a una posible pero no obligatoria readmisión, es decir a la retribución y a la cotización. En efecto, la empresa queda obligada durante la tramitación del recurso a satisfacer al trabajador la misma retribución¹²⁴² que percibía antes del despido y éste seguirá prestando servicios, salvo que el empresario prefiera realizar el abono sin la contraprestación (art. 297. 1, 2 y 3).

Obsérvese que no ocurre como en la ejecución definitiva dónde, de ser posible, la sentencia y con ella la condena a la readmisión en los despidos nulos e improcedentes en los que opta por la readmisión el trabajador, se desencadena la aplicación de una serie de medidas coercitivas frente al empresario para el cumplimiento efectivo de la sentencia en sus propios términos. Claro está que la provisionalidad puede decantar a la empresa por soportar temporalmente, en principio, los costes sociales, sin obtener a cambio ningún beneficio, mientras que en la definitiva puede hablarse de una especie de «pulso» entre el condenado y el poder judicial ejecutivo. Y es que, como se ha expresado claramente¹²⁴³, en la ejecución provisional la posibilidad de readmisión es una facultad del empresario y no un derecho del trabajador, que sí lo es el percibo de la retribución y su abono, obligación de aquél. Ahora bien, siendo así el interrogante se centra en fijar las consecuencias ante la resistencia del trabajador al requerimiento de reanudación de la empresa. A este respecto la LJS dispone la pérdida definitiva de los salarios correspondientes al periodo de tramitación del recurso cuando el trabajador desatiende injustificadamente el requerimiento de readmisión (art. 299). Nada más se prevé en ningún otro precepto de aplicación. Sin embargo en algunos casos la empresa ha querido deducir, además, su exención para requerir nuevamente a su empleado tras la firmeza de la sentencia que resuelve el recurso, hasta el punto de entender que con la resistencia a la readmisión en ejecución provisional opera algo así como un automático cambio en la opción (claro está, con la improcedencia del despido) o, más aún, la extinción de la relación laboral.

1242 *Ut supra*, distingue, analiza y reflexiona sobre tres problemas que derivan de esta expresión: cuando el trabajador no está conforme con el salario establecido en la sentencia, cuando no lo está el empresario y, no habiendo disconformidad, cuando en ejecución provisional se produce un incremento salarial vía legal o convencional. Pp. 2546-2548.

1243 *Ut supra*, p. 2551.

A este respecto la Sala Cuarta¹²⁴⁴ ha alcanzado las siguientes conclusiones:

- La obligada opción entre readmisión e indemnización, tras la sentencia de instancia, es irrevocable (art.111.1. b) LJS) y sólo es posible cambiarla si se hubiese optado en la instancia por la indemnización y si la sentencia de suplicación elevase su cuantía.
- No procede nueva comunicación de reincorporación tras obtener firmeza la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido si el trabajador ya había sido readmitido y se encontraba trabajando puesto que las previsiones del art. 278 LJS se refieren, en principio, a supuestos de sentencias que resolviendo el recurso devolutivo declaran por primera vez la improcedencia del despido.
- La única consecuencia de que el trabajador desatienda injustificadamente el requerimiento de readmisión en ejecución provisional es la pérdida de los salarios correspondientes al periodo de tramitación del recurso, pero de ninguna manera, surte el efecto de que pierda su derecho a ser readmitido.
- Cuando el trabajador rechaza injustificadamente la readmisión tras la sentencia de instancia y en ejecución provisional, la confirmación del pronunciamiento por la Sala de suplicación, y ya en trámite de ejecución definitiva, determina que la empresa cumpla con las previsiones del art. 278, comunicando en tiempo y forma al trabajador la fecha de reincorporación.

Ocurre habitualmente que tras el pronunciamiento de nulidad o de improcedencia con opción de readmisión, recurridos, la ejecución provisional se desenvuelve con normalidad en los términos legalmente previstos. Sin embargo, en ocasiones, la empresa y/o el trabajador se ven en la necesidad de dirigirse al juzgado o Sala para exigir el cumplimiento de sus obligaciones o la exención de las mismas, según se desarrolle la situación. Casos en los que oídas las partes, aquél o aquélla, resolverá lo que proceda (art. 298 LJS).

La revocación total o parcial de la sentencia favorable al trabajador (art. 300 LJS) no obliga al trabajador a reintegrar los salarios percibidos en ejecución provisional y conserva el derecho a cobrar los devengados durante este periodo que no se han hecho efectivos en la fecha de firmeza de la sentencia.

El art. 297 finaliza con un apartado cuarto dónde se dispone algo obvio: mientras en ejecución provisional el trabajador cobra la misma retribución se suspende su derecho a cobrar la prestación por desempleo. No obstante, ha planteado algún problema por haberse compaginado ambos ingresos a pesar de su incompatibilidad debiendo reintegrarse después lo indebidamente percibido al SEPE pero por el empresario. Esta situación se produjo en el proceso resuelto por la STS de 29 de marzo de 2016 (RCUD 2682/2014).

Por último, merece mención expresa la posibilidad de solicitar y despacharse ejecución provisional de las sentencias que declaran la *nulidad del despido colectivo*. El referente a este

1244 STS de 20 de octubre de 2015 (RCUD núm. 1412/2014), F.J. 4º. No obstante el Pleno de la Sala fue más allá, ampliando los efectos en perjuicio del trabajador, puesto que además de perder los salarios de la ejecución provisional, no los computó en el cálculo de indemnización por despido y, este aspecto, provocó que la Sentencia cuente con un Voto particular.

respecto lo conformó la STS de 20 de abril de 2015 (Rec. núm. 354/2014) y tras ella, ilustra y da contenido a la información que aquí se traslada la STS de 4 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 149/2015). A grandes líneas y sin perjuicio de otras consideraciones contenidas en estas Resoluciones la cuestión evolucionó como sigue: bajo la vigencia del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el contenido de los arts. 124 y 247 LJS llevó a la Sala Cuarta a mantener la naturaleza declarativa de las sentencias dictadas en procesos de despido colectivo. Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral en el apartado 11 del art. 124 LJS se añadió que la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley, lo que implica la correspondiente condena a los salarios de tramitación.

Con el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección a los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, se dio nueva redacción al art. 247. 2 LJS (normas sobre ejecuciones colectivas) en estos términos: «La modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable a los restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, de naturaleza social, estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del artículo 160, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo, y en los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula», y con la Ley 1/2014 de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, se modificó de nuevo la redacción del anterior precepto incluyendo expresamente «los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula».

Así que tras el nuevo panorama normativo y a partir de las Resoluciones señaladas no hay duda alguna de que estas sentencias pueden ser objeto de ejecución provisional. Ahora bien, tras la solicitud y comprobación por el letrado J de la legitimación de la representación de los trabajadores beneficiados, citará a las partes ante el tribunal antes de despachar ejecución y será después cuando conforme a lo previsto en el art. 527.3 LEC se dicte auto despachando ejecución con nueva comparecencia para sustanciar el incidente de individualización y concreción de las condiciones de trabajo en que deba ejecutarse la readmisión (art. 247.1 LJS)¹²⁴⁵.

6.4. Ejecución provisional de sentencias condenatorias recaídas en otros procesos

Tres apartados dan contenido al art. 303 LJS único del Capítulo IV, rubricado bajo este título, que introdujo como única novedad respecto al art. 301 LPL la salvedad que pueda obstaculizarla: «para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación», adoptada del TC. Este dato y el hecho de que sus dos primeros apartados se refieran a sentencias inmediatamente ejecutivas, según la regulación de sus correspondientes modalidades procesales, se ha interpretado doctrinalmente¹²⁴⁶

1245 GONZÁLEZ CALVET, J. y SERNA CALVO, M., «La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria», *Relaciones Laborales*, N° 11, 2014, LA LEY, Madrid.

1246 SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B., «De las sentencias condenatorias recaídas en otros

como «un acercamiento terminológico y conceptual al régimen del acto administrativo, respecto del que la norma vigente predica su «ejecutividad»».

-Las dictadas en *conflictos colectivos*, *impugnación de convenios colectivos* y *tutela de derechos fundamentales y libertades públicas* (art. 303.1 LJS). La norma dispone que las sentencias recaídas en estas modalidades procesales serán inmediatamente ejecutivas, a pesar del posible recurso y sin perjuicio de la adopción de limitaciones para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 303.1 LJS). Son dos las cuestiones a despejar: 1. Es necesario atender a la naturaleza de la pretensión reconocida, puesto que no será ejecutable si la resolución es mero-declarativa. Pero la gran diversidad de pretensiones que pueden ser objeto de *conflicto colectivo* implica en ocasiones también pronunciamientos de condena. La doctrina¹²⁴⁷ distingue cuatro categorías de sentencias estimatorias: las meramente declarativas o de carácter constitutivo que no admiten ejecución, las estimatorias con condena a dar, hacer o no hacer susceptibles de ejecución individual bajo las condiciones del art. 160.3 LJS, las estimatorias con condena de obligaciones indivisibles que admiten ejecución pues de otro modo vulnerarían el derecho fundamental al convertirse en «papel mojado», y las colectivas sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que incluyan pronunciamientos de condena que sin duda admiten ejecución provisional. 2. Cómo se ejecutan: dependerá del tipo de obligación que incluya la condena debiendo tramitarse por unas u otras normas relativas a la ejecución definitiva.

Las sentencias estimatorias dictadas en procesos de *impugnación de convenios colectivos*, sin embargo, no son propiamente ejecutables puesto que sus pronunciamientos son constitutivos, no de condena. Por último, respecto a las sentencias con pronunciamientos estimatorios en la *tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*, ex art. 182 LJS y según las pretensiones concretamente ejercitadas, puede declarar la existencia de vulneración y la nulidad radical de la actuación, y además ordenar el cese inmediato de la misma o prohibir la interrupción de una conducta u obligación de realizar una actividad omitida, disponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a la lesión, así como la reparación de las consecuencias derivada, incluida la indemnización que proceda. Así que las condenas a obligaciones de hacer y/o no hacer se ejecutarán según lo prevenido en el art. 241 LJS, y la dineraria conforme a las normas de los arts. 289 y 290 LEC sobre anticipos reintegrables.

-En las dictadas en procesos sobre *impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y seguridad social* (excepto prestaciones, que tiene su normativa específica), podrá acordarse ejecución provisional, salvo que sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de difícil reparación (art. 303. 2 LJS). Una vez más, la posibilidad de ejecución provisional de las sentencias dictadas en esta modalidad depende de sus pronunciamientos, puesto que siendo mero-declarativos o constitutivos no tiene cabida y sólo procederá si incluye condena. No obstante, en la regulación de la modalidad procesal correspondiente (arts. 151-152 LJS) se dispone que la sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa por la que se producen extinciones de la relación de trabajo por fuerza mayor, declarará el derecho de los

procesos» en AA.VV., *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 1679.

1247 GONZÁLEZ CALVET, J., *Ejecución provisional...*, cit., pp. 218-222.

trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo, con lo que en estos concretos casos la ejecución provisional se regirá por lo previsto en el art. 297.1 LJS.

-Por último, el apartado tercero del art. 303 prevé que si recurre el empresario la sentencia que acuerda *la extinción causal del contrato de trabajo ex art. 50 ET*, el trabajador puede optar en forma y plazo (como en el despido improcedente) entre seguir prestando servicios (periodo de ocupación cotizada para desempleo) o cesar en cumplimiento de la sentencia pasando a SLD sin perjuicio de que se adopten medidas cautelares: «Cuando el trabajador que ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo *ex art. 50 ET*, opta por solicitar al órgano judicial las medidas cautelares *ex art. 79.3* en relación con el art. 180.4 LRJS, de justificarse la concurrencia de los presupuestos para ello (“se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior”) y adoptarse tales medidas por el órgano judicial, mientras subsistan tales medidas, -- las que incluso puede adoptarse en concurrencia con la ejecución provisional (arg. *ex arts. 303.3 y 304.2 LRJS*) --, la relación laboral se considerará subsistente durante la vigencia de éstas y hasta que, en su caso, recaiga sentencia firme, con la derivada incidencia en la fecha de extinción de la relación laboral y en los salarios a abonar»¹²⁴⁸. La doctrina¹²⁴⁹ advierte sobre el peligro de no ejercitar la opción en plazo y forma puesto que si el trabajador elige más tarde cesar en la prestación de servicios no podrá acreditar documentalmente ante la Gestora su paso a SLD y, aún más, si la sentencia en el recurso revoca la que acordó la extinción «habrá incurrido en dimisión (o abandono)».

Si se revoca la sentencia y se había optado en ejecución provisional por cesar, la forma y los plazos para empresario y trabajador dispuestos legalmente son iguales que para readmitir con sentencia firme de despido, con remisión expresa a los arts. 278 y siguientes de la LJS sobre el incidente de no readmisión. La lógica apunta, a falta de precisión alguna, a que el incidente discurriría, en su caso, para culminar con auto extintivo de la relación laboral *ex art. 281* y no con la aplicación de las medidas previstas en el art. 284, ambos de la LJS, para dar cumplimiento en sus propios términos a la condena de readmisión que en el caso de la sentencia desestimatoria de la acción de extinción causal no existe. Se ha alabado doctrinalmente¹²⁵⁰ esta posibilidad por cuanto «la remisión del trabajador directamente al incidente ejecutivo de no readmisión supone ahorrarle el procedimiento declarativo de despido con previsible declaración de improcedencia. Esta solución procesal abreviada, basada en la economía procesal, resulta encomiable, sobre todo teniendo en cuenta el largo tiempo ya invertido en el proceso declarativo de extinción del Art. 50 ET». Para finalizar, si no se reincorpora queda definitivamente extinguido el contrato (art. 303. 3 LJS).

1248 STS de 15 de septiembre de 2016 (RCUD núm. 174/2015), F.J. 3º.

1249 SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B., «De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos» en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 1687.

1250 GONZÁLEZ CALVET, J., *Ejecución provisional...*, cit., p. 266.

Conclusiones

1. Afrontar la lectura de este trabajo desde estas conclusiones es un error. A pesar de su título aquí no pude encontrarse un fallo porque esto no es una sentencia. Tras su finalización puedo volcar algunas, pero lo más honesto es expresar en primer lugar que sin perjuicio del conocimiento adquirido mis dudas e incertidumbres han aumentado. Cuanto más se acerca una a la norma, a la doctrina constitucional y sobre todo a la jurisprudencia y a la doctrina unificada, más clara se revela su ignorancia. He observado que muchas sentencias dictadas por los juzgados de lo social incluyen en su fundamentación jurídica casi en exclusiva una más o menos extensa integración de fragmentos de las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y en igual, mayor o menor medida, de los de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. En demasiadas ocasiones únicamente puede identificarse el conflicto propio y concreto a partir de los hechos declarados probados y de un brevísimo espacio de creación propia en la sentencia. A partir de aquí y sin perjuicio de que pueda equivocarme busco explicaciones. Los jueces están saturados de trabajo y no quieren incurrir en una acumulación censurable de asuntos sin decidir. Algunos están muy cansados y/o desmotivados y han perdido pasión y diligencia en su actividad. La sentencia dictada en la instancia por el órgano unipersonal sufre un deterioro constante por estos motivos y seguro que también por otros que escapan a mi alcance.

Indudablemente hay muchas excepciones que como contrapunto exhiben precisamente todas las cualidades contrarias y sorprenden por contraste. Pero la muy frecuente característica señalada pone de manifiesto variados aspectos. El primero y de mayor relevancia para mí, es que los destinatarios directos de la decisión no la entienden, no llegan a conectar el fallo favorable o desfavorable a su petición con el resto de los contenidos de la sentencia. El segundo es que esas sentencias superan el canon de la motivación jurídica bajo una sucesión entrecomillada de argumentaciones concebidas por otros tribunales superiores que, aunque sean válidas, no se completan con un hilo conductor que puedan reconocer las partes. La tercera se refiere a los hechos controvertidos. Las conclusiones fácticas reflejadas en los hechos probados adolecen de motivación o se integra una justificación tan breve que nada o poco aporta a esa convicción. El resultado es una sensación de absoluta impotencia ante el indiscutible poder, muchas veces, difícilmente refutable de quienes deciden en la instancia.

2. La conciliación administrativa previa y preceptiva como forma de evitación del proceso, en general sigue contando con muchas deferencias en la norma adjetiva social. Se mantiene el singular plazo de quince días para su subsanación frente al de cuatro días que rige para el resto de omisiones o defectos (art. 81.3). En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, sin causa justificada, se aplicarán por el juez o tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66 (Art. 97.3), lo que se traduce en que haciéndose constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación.

El ámbito de aplicación del recurso de suplicación también le otorga un tratamiento específico. Cualquier sentencia será recurrible al margen de la materia, de la cuantía litigiosa o de que sea o no de afectación general, cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial

del procedimiento o la omisión del intento de conciliación o de mediación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión [art. 191.3 d)]. Creo que su regulación actualmente no se sostiene y que en definitiva estos exponentes legales se deben a inercias históricas que no se atienden por el legislador para su modificación. Para los casos no exceptuados bien podría convertirse en una facultad protegida con la conservación legal de su principal efecto: la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción. Favorecería la celeridad en la solución de la controversia, evitaría posibles «arritmias» entre los contenidos de la papeleta y de la demanda judicial y, lo más importante, la oportunidad conciliatoria seguiría siendo factible en el ámbito judicial desde su inicio hasta su posible ejecución forzosa.

3. El momento del acceso a la prestación jurisdiccional es esencial, no sólo por el acceso propiamente dicho, sino por el contenido de la problemática o de la pretensión que al iniciar el proceso se entrega. La demanda condiciona, aunque no absolutamente, la actividad jurisdiccional que se desencadena, su terminación y al fin el producto de esa actividad. Los principios procesales dispositivo y de rogación guían la actividad del ciudadano que decide convertirse en justiciable y, en la mayor parte de los casos, este paso y la forma en que se da la protagoniza un operador jurídico al que se le presume un conocimiento al menos suficiente para adoptar la dirección o representación de los intereses encomendados. Sin embargo, me pregunto sobre si el incremento de la litigiosidad también se nutre de la necesidad material de algunos operadores jurídicos que ofrecen expectativas sin fundamento a sus clientes.

En este sentido, la responsabilidad no es trasladable a la oficina judicial ni al tribunal. Sin embargo, como también la necesidad puede nublar el entendimiento jurídico es necesario cuestionar el papel del Letrado de la Administración de Justicia en orden a su fiscalización sobre la demanda y sobre su papel informador y mediador en el acto de conciliación judicial. La primera función en relación con la pretensión de la demanda puede que no encuentre dificultad alguna en pleitos repetitivos y frecuentes. En otros o incluso en los primeros la singularidad de la controversia seguramente escapa a su percepción respecto a óbices difícilmente detectables en el escrito aunque estén presentes. Admitida la demanda entra en juego el juez y en este punto y salvando la ocasionalidad de cuestiones previas que puedan convencer al justiciable para disponer del proceso y decidir su renuncia o en un caso menos drástico el desistimiento de la demanda, si el proceso sigue su curso la actora ha de estar informada y preparada para afrontar un cúmulo de defensas opositoras de diversa índole.

4. La tradicional estrategia defensiva a través de la alegación de cuantas excepciones o cuestiones procesales sean posibles parece ser una constante. Este extremo puede comprobarse a través de la lectura de los antecedentes de hecho de las sentencias dictadas resolviendo los recursos de suplicación. Sin embargo, es notoria la reducción de su estimación. Esa inercia defensiva carece incluso en muchos casos de fundamento y obliga al tribunal a conceder a la actora un turno de «replica» para rebatirla, pero los jueces se van esmerando en fiscalizar esa tramitación y eludirla si la alegación no se acompaña de un «cimiento». En todo caso estos pretextos dilatan la duración del juicio oral y obligan al juzgador a volcar más pronunciamientos debidos en la sentencia aunque sea para desestimarlos de forma palmaria. No debe atenderse una alegación procesal sin fundamento aunque requiera al menos un breve pronunciamiento en este sentido. Más aún, ni siquiera es obligado un pronunciamiento a la petición no fundamentada.

5. En la decisión, los poderes de dirección del juez hábilmente empleados han podido esclarecer de forma manifiesta la pretensión que le fue planteada. Pero el principio *iura novit curia*, sus facultades para intervenir e interactuar a lo largo de la vista oral con las partes, con los testigos y con los peritos podría desencadenar que hechos no alegados expresamente en el escrito de demanda o presentes en él de forma más difusa, incluso en ausencia de la alegación por la demandada, llevaran al juzgador a decidir la presencia de una litispendencia o de cosa juzgada material en alguno de sus efectos por aplicación de la carga de la alegación preclusiva del art. 400 LEC. La carga se dirige a la actora originaria o reconviniendo pero el desarrollo del proceso y los datos que surjan o puedan conocerse por el juzgador por otros medios a lo largo del procedimiento bien pueden consentir decisiones de esta índole por cuanto son de orden público procesal. Las pocas sentencias en las que entra en juego esta norma es un dato que puede revelar tanto que se asume la carga con diligencia como lo contrario, que todavía muchos operadores jurídicos o incluso tribunales no cuentan con ella.
6. En el ámbito de la respuesta judicial, la justificación o motivación fáctica y jurídica practicada en las sentencias de los juzgados de lo social es cuestión de esfuerzo, trabajo y empatía. Todo apunta a que el mandato normativo del art. 218 de la LEC «no motiva». Tanta referencia al aspecto fáctico de la sentencia no parece ser tomada en serio ni en consideración por muchos juzgados de lo social. Los hechos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social son esenciales. Hay contiendas colectivas estrictamente jurídicas y algunas individuales, las menos, que también lo son, especialmente en el ámbito de la Seguridad Social. Si una de las mayores reivindicaciones históricas de la motivación de las sentencias era y es legitimar a los miembros del Poder Judicial, no puede obviarse que el usuario de esta prestación pública comprende y asimila con más facilidad los razonamientos y la argumentación, es decir la motivación o la justificación de los aspectos factuales de su problema que los jurídicos. Una consideración detallada del resultado de los medios de prueba, muchas veces aportados por la parte con gran esfuerzo, aunque culmine en un relato holístico incluso desfavorable a la parte, inspira un sentimiento de atención, de respuesta y de respeto hacia la actividad de los juzgadores. En caso contrario y sin entrar en otras observaciones, seguramente la parte percibirá una respuesta poco atendida y aleatoria, por no decir «injusta».
7. La congruencia de las sentencias es otra cuestión. La pretensión debe ser correctamente articulada en todos sus elementos. La parte demandante debe discernir cuáles son los hechos constitutivos y cuales los hechos jurídicamente relevantes en relación con la petición que se demanda. El principio de rogación de las partes también ha de ser escrupulosamente atendido y respetado para no dar respuesta con más de lo pedido, a más de lo pedido, a algo no pedido y a menos de lo aceptado y /o reconocido por la parte demandada. La extralimitación judicial que supone cualquiera de estas patologías, puede encontrar muy diversas razones. Quizás la más frecuente sea el descuido del juzgador, el error. Sin embargo no descarto otra indemostrable, pero muy humana y plausible. La imparcialidad que abandera la actividad jurisdiccional decisoria es un ideal difícilmente conquistable. Creo que algunos jueces en un descuido «de otro género» y en ocasiones, empatizan tanto con una de las partes que se olvidan o eluden los límites de su actividad y deciden como si para ellos lo hiciesen.
8. El Juzgado o la Sala que conoce del asunto en la instancia tiene distintas ocasiones para clarificar de la mano de la parte actora cuál o cuáles son sus peticiones y sus respectivos fundamentos. No hablamos de que los tribunales suplían un defectuoso planteamiento de la pretensión procesal por cuanto se excedería en sus facultades de dirección del proceso,

pero sí de requerir, cuando no lo ha hecho el letrado de la Administración de Justicia, a la parte precisión y concreción para centrar y vincular su cognición y decisión. Así que una vez logrado este objetivo si fuese el caso, la sentencia entre otros requisitos ha de ser completa, es decir debe contener en ella todos los pronunciamientos debidos.

Desde esta perspectiva, un defecto de exhaustividad parece no tener excusa, más aún cuando ni la oficina judicial ni el propio juzgador han manifestado ningún reparo al respecto. Entonces, porqué hay tanta denuncia de incongruencia omisiva, de omisión de pronunciamientos debidos o en términos legales de falta de exhaustividad. Desde fuera, que naturalmente siempre es más fácil, se conciben varias razones sin perjuicio de su desatino. Al margen de las peticiones a las que se les presume mayor claridad, las partes conciben algunas de sus alegaciones como auténticos fundamentos esenciales y necesarios a favor de aquellas, sin embargo o no lo son o el juzgador no lo ve del mismo modo. En el último caso la sentencia ignora el correspondiente pronunciamiento o una referencia o argumentación al respecto por breve que sea. Esta situación se aprecia por el justiciable como solución incompleta.

Si no hay discrepancias entre los sujetos que interactúan en la relación procesal, el defecto de exhaustividad no encuentra pretexto y sólo un descuido o un «enroque» en la perspectiva del juzgador lo generará. Hay muy buenos operadores jurídicos que trasladan la pretensión o la oposición de sus clientes de forma completa, clara y precisa.

9. Si el art. 207 de la LEC nombra en su rúbrica la cosa juzgada formal como algo distinto a las resoluciones definitivas y a las resoluciones firmes, debe considerarse su presencia, su contenido y las limitaciones que impone en el proceso. En ese concreto proceso sí, porque muchas veces se utilizan las fórmulas cosa juzgada material y cosa juzgada formal sin diferenciarlas. La cosa juzgada material restringe y/o vincula en procesos distintos, pero la cosa juzgada formal juega también ambos papeles en un mismo proceso y con mayor fuerza cuando en él se articulan recursos devolutivos. Considerarla trasciende la exigencia de congruencia de las sentencias y aunque muchas veces se confunden los marcos de una y otra, sus restricciones incluyen mensajes diversos y singulares en la decisión de fondo. El enredo que se observa en algunos procesos parece derivarse de la existencia del recurso devolutivo, pero ambas exigencias vinculan al tribunal incluso cuando resuelve en única instancia con sentencia definitiva y firme.

Creo que es básico prestar atención a esta idea por los tribunales y por las partes. Es posible que la dicción del precepto confunda: «Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas» (3º), contenido que más bien hace pensar en la intangibilidad de las resoluciones una vez firmadas y en la ejecución en sus propios términos. Y que el último apartado del artículo: «Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella» con su lectura pueda alentar la desatención de su final, donde en realidad se encuentra la clave. El tribunal *del proceso*, en singular, sea un tribunal o varios los que intervengan en él.

Además la regulación de la cosa juzgada material ocupa un espacio distinto e incluso algo distanciado de la formal, el art. 222, y en él de forma inequívoca su núcleo gira en torno a dos procesos distintos.

10. Decidir sobre el efecto positivo de la cosa juzgada material considerando la totalidad de su alcance objetivo también es necesario. Aliarse con que «lo resuelto» en un proceso anterior conectado en la relación jurídica con el presente incluye los hechos constitutivos que adquirieron firmeza y respetar que aunque pudieron haber sido refutados con hechos impeditivos o extintivos la preclusión de los últimos impide utilizarlos como constitutivos en un nuevo proceso, aporta en mi opinión la clave sobre el alcance más extenso y «justo» de esta función de la cosa juzgada material. Sin embargo no tiende a dársele tanto juego en la sentencia de fondo. Igual que la pretensión puede presentar legalmente un aspecto virtual: «lo deducible y no deducido» *ex art. 400 de la LEC*, lo resuelto también admite su correspondiente «ámbito decidido virtualmente». Las defensas oponibles y no opuestas pueden generar en algunos casos hechos constitutivos para fundamentar pretensiones a través de otro proceso pero de ningún modo debiera de admitirse para combatir la situación jurídica que en un proceso anterior se consolidó a través de hechos constitutivos que no fueron entonces lidiados. No se trata de aplicar la regla preclusiva de la carga de la alegación para quien no está prevista: la parte demandada, pero sí de permitir que el efecto vinculante de la cosa juzgada material alcance también ese objeto. Creo que las reglas del juego procesal tal y como está conformado y la seguridad jurídica, debieran primar incluso en su caso sobre el principio de legalidad porque en definitiva lo que se combate con esta tesis es la indefensión y con ello se protegen principios como el de confianza. No deben tratarse con diferente rasero unas controversias respecto a otras. Porque qué mayor manifestación de desigualdad en la aplicación de la Ley aporta el brindar dos oportunidades judiciales a una parte y sólo una a la contraria sobre la misma controversia.
11. Por último, como se expresaba en la Introducción el propósito de este proyecto de tesis ha sido examinar y analizar si el Sistema procesal Social es capaz de reproducir las problemáticas que les trasladan los justiciables a través de las normas que regulan el proceso y garantizar que el pleito resuelva el fondo de la cuestión litigiosa sin alterar la contienda. Y en definitiva, es la sentencia quien tiene la respuesta. A este fin, se ha combinado el estudio de las normas con los trabajos doctrinales en torno a ellas y, con especial interés, las Sentencias dictadas sobre todo por el Tribunal Constitucional y por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y ocasionalmente, por su Sala Primera y Tercera. Con su doctrina se esclarecen muchos aspectos que no quedan claros en la norma y que como consecuencia de ellos se prestan a diversas interpretaciones.

Antes de la LEC el proceso de trabajo ya contaba con un reconocimiento generalizado de su efectividad en tanto que las normas del procedimiento laboral expresaban una atención y una correspondencia clara con las controversias que está llamado a decidir. Por eso las características del proceso de trabajo se tomaron en gran medida como referentes para el nuevo texto del enjuiciamiento civil. La LEC había de tener una gran repercusión en el proceso social tras algo más de dieciséis años de su entrada en vigor y la gran cantidad de sentencias dictadas por los distintos tribunales sociales ponen de manifiesto el gran avance que aquella ha supuesto en diversos aspectos. La carga de la alegación, la prueba de los hechos, la regulación expresa de los requisitos internos de la sentencia, de los institutos de la cosa juzgada formal y material y el litisconsorcio entre otros, facilitan la actividad jurisdiccional, despejan pasadas controversias doctrinales e incertidumbres y, en definitiva, procuran más sentencias de fondo y más ajustadas al caso real. Por su parte, la LJS incorporó en muchos de sus novedosos contenidos la jurisprudencia de la doctrina unificada que es quien realmente conoce a diario las controversias sociales más frecuentes y las fallas de su regulación procesal.

Creo que la normativa procesal tanto de la LEC como de la LJS ofrece instrumentos y garantías suficientes para que los tribunales alcancen su cometido final, a pesar de que algunos de sus preceptos se califiquen como «normas en blanco». Sin embargo, si hubiese de destacar un aspecto calificable de «asignatura pendiente» en la sentencia social sin duda sería la justificación o motivación de la convicción fáctica.

Al trasladar a este ámbito algunos análisis y reflexiones de filósofos y procesalistas sobre el «enjuiciamiento jurídico anticipado» del resultado de la prueba en relación con el tratamiento de la «verdad», se ha omitido por esta doctoranda un dato esencial. Antes que el juez es la parte, y más en concreto sus asistentes técnicos que conocen el Derecho, quienes «maquillan» en la medida de lo posible sus alegaciones fácticas para que adquieran mayor favor a su petición. Así que las más de las veces es «ideal» hablar de «verdad».

No obstante, si con los recursos de suplicación especialmente y de casación se denunciase con más frecuencia el defecto de motivación fáctica y la indefensión que genera *ex* artículos 24 y 120.3 CE y 218 de la LEC es probable que poco a poco fuese cuajando un cambio en la inercia descuidada de esta exigencia y cuya atención es un claro exponente de calidad de la sentencia de fondo. La omisión sobre la expresión de las reglas empleadas para alcanzar la convicción, sobre la valoración y sobre el descarte de los resultados contradictorios obstaculiza la solicitud de revisión fáctica por cuanto no se localiza la conexión con la argumentación jurídica que no entra en diálogo concreto con la fáctica y, al tiempo, este dato dificulta la argumentación del recurso sobre la infracción jurídica. En definitiva, perjudica el objeto y la prosperabilidad del recurso devolutivo.

Bibliografía

- AA.VV., (Coords. CARRERAS, A y TAFUNELL, X), *Estadísticas históricas de España, Siglos XIX-XX*, Vol. I, Fundación BBVA, Bilbao, 2005.
- AA.VV., *Guía práctica para la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/>), 2016.
- AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA-8, 1990.
- ACOSTA TEJERA, A., «Repercusiones de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial en Procedimiento Laboral», *Revista de Información Laboral* nº 7/2010, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- AGUT GARCÍA, C., «La compensación de deudas: su alegación en el proceso laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 12, octubre 2006 (iustel.com).
- AGUT GARCÍA, C., «Reconvención versus compensación en el proceso laboral», *Revista de jurisprudencia El Derecho*, nº1, Madrid, 2006.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Estado social y Derecho del Trabajo» en AA.VV., (Coord. ALARCÓN, M.R.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- ALCÁNTARA Y COLON, J.M., «La cuestión de la legitimación en procesos iniciados por sindicatos a la luz de la Sentencia de la Audiencia Nacional 141/2013», *Revista de Información Laboral* núm. 7/2015, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015\2933).
- ALEGRE NUENO, M., «Las partes en el proceso laboral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El Proceso Laboral*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia 2013.
- ALEMAÑ CANO, J., «Las partes procesales», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El proceso Laboral*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia 2005.
- ALEMAÑ CANO, J., *Bases Históricas para la reforma del proceso laboral*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
- ALEMAÑ CAÑO, J., «Cosa juzgada y fundamentación de la demanda laboral», *Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº 160, Octubre-Diciembre 2013, Civitas, Madrid, 2013.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ALFONSO MELLADO, C.L., «Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista de Derecho Social*, Núm. 57, Enero 2012.
- ALISTE SANTOS, T.J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- ALMAGRO NOSETE, J., «Hechos probados y nulidad de la sentencia laboral», *Revista de Política Social* Nº 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1969.

- ALMAGRO NOSETE, J y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso civil*, Trivium, Madrid, 1994.
- ALMAGRO NOSETE, J., «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», *Revista de Derecho Político* nº 10, UNED, Madrid, 1981.
- ALMAGRO NOSETE, J., «Garantías constitucionales del proceso civil», en *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barragues*, Institución “Fernando el Católico” Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983.
- ALONSO OLEA, M., «Una tarea inconclusa: La Ley de Procedimiento Laboral», *Revista española de derecho del trabajo*, Nº 34, Civitas, Madrid, 1988.
- ALONSO OLEA, M., *La reclamación administrativa previa*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, Sevilla, 1961.
- ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R. M^a, *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ GIMENO, R., *La extinción causal por voluntad del trabajador*, Comares, Granada, 2012.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *El incidente de nulidad de actuaciones. Solución o problema frente a la resolución firme*, Dykinson, 2014.
- AMONI REVERÓN, G.A., «El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal», *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nº 31, México, 2013.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 7, Nº 10, septiembre 1995.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la democracia*, 46, marzo 2003.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., «Artículo 25. Requisitos de la acumulación objetiva y subjetiva de acciones y reconvención», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., «Artículo 27. Acciones indebidamente acumuladas», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., «Sentencia», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Propuestas para reformar la Ley de Procedimiento Laboral», *Revista de Justicia Laboral*, núm. 38/2009, LEX NOVA, Valladolid, 2009.
- ARAMENDI, P., «Los errores más habituales de los profesionales en el juicio oral», *Trabajo y Derecho* Nº 9, 1 de septiembre de 2015, Madrid, Wolters Kluwer.

- ARANZADI, «La Reclamación previa en vía Administrativa tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», *Boletín Aranzadi Administrativo* núm. 12/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003, (BIB 2003\1449).
- ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- ARENAS POSADAS, C., *Intervención pública en las relaciones laborales*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 2000.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Ampliación litisconsorcial de la demanda laboral, subsanación de la misma e indebida denegación de acceso a la jurisdicción», *Revista española de derecho del Trabajo*, núm. 99/2000, Civitas, Pamplona, 1999.
- ARSUAGA CORTAZAR, J., «Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- ATIENZA, M., «Para una teoría de la argumentación jurídica», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA-8, 1990.
- ATIENZA, M., «Sobre lo razonable en el Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.
- AVILÉS NAVARRO, M., «Artículo 246. Transacción en la ejecución», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- BAÑO LEÓN, J.M., «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español», *Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, INAP, julio de 2016.
- BARBA MORA, A., «Comentario al artículo 292 de la Ley de Procedimiento Laboral. Consignaciones y ejecución provisional de las sentencias condenatorias al pago de subsidios de Seguridad Social», *RGDTSS* N° 7 noviembre 2004 (RI 403249).
- BASAULI HERRERO, E y MASSÉ, A., «Una aproximación a la relación laboral de los árbitros y su posible integración como relación laboral especial. La Sentencia de 14-03-2014 del Juzgado de lo Social n° 26 de Barcelona», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 43/2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- BAYLOS GRAU, A., «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela», *Revista de Derecho Social* Núm. 69, Enero 2015, Bomarzo, Albacete, 2015.
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNANDEZ, M^a F., *Instituciones de D^o Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995.

- BEJARANO HERNÁNDEZ, A., «El proceso de conflictos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 9/2009 parte estudio, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- BEJARANO HERNANDEZ, A., «La caducidad de derechos en el Derecho Laboral», Tesis Doctoral (www.tdx.cat/bitstream/10803/7294/1/TABH1de22.pdf).
- BELLIDO ASPAS, M. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M., *Sistema de derecho procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2015.
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., «Rápida asunción del criterio jurisprudencial comunitario (STJUE 14-9-2016, C-596/14): equiparación de derechos indemnizatorios entre trabajadores con contrato de duración determinada (temporales-interinos) y fijos por el TSJ del País Vasco. Comentario a la Sentencia 1962/2016, de 18 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, rec. núm. 1690/2016», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 405 (diciembre 2016), CEF, Madrid, 2016.
- BERGHOLTZZ, G., «Ratio et autoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA-8, 1990.
- BLANCO MARTÍN, J.M., «Incidencia de la Ley Concursal en el procedimiento laboral», *Información Laboral* n° 5/2005, LEX NOVA, Valladolid, 2005.
- BLASCO GASCO, F. de P., «Derecho judicial y derecho jurisprudencial», *Jueces para la Democracia*, n° 41, julio/2001.
- BLASCO PELLICER, A. *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- BLASCO PELLICER, A., «Configuración jurisprudencial de la legitimación en los procesos de conflictos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* vol. V, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BLASCO PELLICER, A., «La ejecución provisional» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á) *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BLASCO PELLICER, A., «Proceso de vacaciones», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á), *El proceso laboral*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- BLASCO PELLICER, Á., «Reclamación administrativa previa: últimos pronunciamientos jurisprudenciales antes de su parcial desaparición», *Trabajo y Derecho*, 22/2016 (octubre), Wolters Kluwer.
- BLASCO PELLICER, C., «Procesos en materia electoral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á), *El proceso laboral*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia 2013.
- BOHIGUES ESPARZA, M^a D., «La legitimación en la impugnación colectiva de los despidos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 407 (febrero 2017), CEF, Madrid, 2017.
- BONACHERA VILLEGAS, R., «Un nuevo instrumento procesal para la tutela del crédito del trabajador: el proceso monitorio laboral», *Revista General de Derecho Procesal*, N° 29, enero 2013, Iustel.

- BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y al recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.
- BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., «Artículo 214. Invariabilidad de las resoluciones. Aclaración y corrección», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BRUÑEN BARBERÁ, F.M., «Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F.) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- CABALLO I ANGELATS, L., «La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000», *Revista Xuridica Galega*, nº 26, 2000.
- CABEZUDO RODRIGUEZ, N., «Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto.», en AA.VV., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol. II, (CARPI, F. y ORTELLS RAMOS, M. P., ed. Lit.), Universidad de Valencia, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Valencia, 2008.
- CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A. *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994-1996)*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- CALAMANDREI, «La crisi della motivazione» in *Opere Giuridiche*, vol. I. Morano, Napoli, 1965.
- CALDERÓN CUADRADO, M^a P., «Derechos, proceso y crisis de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, 37, septiembre 2015, Iustel (Revistasustel.com).
- CALLEGARI, J.A., «Celeridad procesal y razonable duración del proceso», *Revista Derecho y Ciencias Sociales* N° 5, octubre 2011, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología jurídica. FCJ y S. UNLP.
- CALVO GONZALEZ, J., «Coherencia narrativa y razonamiento judicial», *Poder Judicial*, nº 25, 1992.
- CALVO GONZALEZ, J., «Hechos difíciles y razonamiento probatorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*. Monográfico: La argumentación en la prueba, 2001.
- CALVO GONZALEZ, J., *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.
- CALVO GONZALEZ, J., *El discurso de los hechos: narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- CÁMARA BOTÍA, A., «Artículo 286. Imposibilidad de readmisión del trabajador», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- CÁMARA BOTÍA, A., «El proceso monitorio en la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 103, 2013.
- CAMPOY MIÑARRO, M., «Jurisdicción Social para la reclamación de intereses de demora al FOGASA», *El Derecho*, http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Jurisdiccion-Social-reclamacion-intereses-demora-FOGASA_11_1014805001.html.
- CARRASCO DURÁN, M., «El incidente de nulidad de actuaciones: problemas y algunas soluciones», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CARRATALÁ TERUEL, J.L y RABASSÓ RODRÍGUEZ, N., «Algunas cuestiones críticas sobre el procedimiento de oficio en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* N° 31, septiembre 2012, Iustel.
- CASAS BAAMONDE, M.E., «Jurisdicción social y jurisdicción constitucional: el renovado recurso de casación para la unificación de doctrina “común” y sus nuevas modalidades en interés de la legalidad», *Relaciones Laborales*, n° 9, Sección Editorial, Quincena del 1 al 15 de mayo 2012, año 28, pág. 1, tomo LA LEY (LA LEY 5042/2012).
- CASTRO de MEJUTO, L.F., *La acción constitutiva en los procesos laborales*, www.netbiblio.com, La Coruña, 2009.
- CAVAS MARTINEZ, F., «Artículo 102. Modalidades procesales.», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CAVAS MARTINEZ, F., «Artículo 74. Principios del proceso», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994.
- CHAMORRO LADRÓN DE CEGANA, J.A., «Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad de Extremadura, Extremadura, 1983.
- CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Reus, Madrid, 1995.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- CORDÓN MORENO, F., «Artículo 12. Litisconsorcio», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (tomo I), Aranzadi, Marzo de 2011 (BIB 2011\5008).
- CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 21 de la LECiv Allanamiento», Aranzadi, 2011 (BIB 2011\5013).
- CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 438 de la LECiv Reconvenición y acumulación subjetiva y objetiva de acciones», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (tomo I), Aranzadi 2011 (BIB 2011\5124).

- COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Reimpresión de 3ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- CRUZ PONCE, L., «Análisis histórico de la caducidad en el Derecho» (<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art3.pdf>).
- CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ DÍAZ, P., «Artículo 193. *El recurso de suplicación tendrá por objeto*», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RE, F., *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DAMIÁN MORENO, J., «La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil», *RJUAM*, nº 19, 2009-I.
- DAMIÁN MORENO, J., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares, Tecnos, Madrid, 2000.
- DE ANDRÉS HERRERO, M^a A., «Artículo 12. Litisconsorcio», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la motivación de los hechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*. Monográfico: La argumentación en la prueba, 2001.
- DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la congruencia de la sentencia civil», *Derecho y Proceso. Estudios jurídicos en honor del Prof. A. MARTINEZ BERNAL*, Universidad de Murcia, 1980.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ PICAZO-GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO-GIMÉNEZ, I., Y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Artículo 102. Modalidades procesales», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Artículo 138. Tramitación.», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.

- DE LA VILLA GIL L.E., «Puntos críticos del recurso de casación para unificación de doctrina en el proceso social», *AFDUAM*, N° 5 (2001).
- DE LA VILLA GIL, L.E., «El Derecho del Trabajo, ¿Ha muerto o vive todavía? Reflexiones sobre la reforma laboral de 2012», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 29 mayo 2012, Iustel, Madrid.
- DE LA VILLA GIL, L.E., *La formación histórica del derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La motivación del juicio de hecho: un poco de luz en un mar de sombras», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Boch, 2015.
- DE NIEVES NIETO, N., *La Reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- DESDENTADO BONETE, A. «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 169/2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- DESDENTADO BONETE, A., «Artículo 74. Principios del proceso», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- DESDENTADO BONETE, A., «Dos visiones de la cosa juzgada», *Diario La Ley* de 26 de junio de 2007.
- DESDENTADO BONETE, A., «El proceso social en la doctrina constitucional reciente (2003-2007) Una reseña crítica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 73, Madrid.
- DESDENTADO BONETE, A., «Notas para un debate sobre la crisis del proceso social», *Revista de Derecho Social*, N° 4, Bomarzo, Albacete, 1998.
- DESDENTADO BONETE, A., «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo.», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169/2014, Aranzadi, SA. BIB 20143857.
- DÍAZ ÁLVAREZ-MALDONADO, P., «Nulidad de actuaciones: falta de litisconsorcio pasivo necesario», *Aranzadi Social* núm. 1/2013, Aranzadi, Pamplona, 2013 (BIB 2013\805).
- DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Comares, Granada, 1996.
- DÍEZ PICAZO, I y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, Colección Ceura, Madrid, 2001.
- DÍEZ PICAZO, I., «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho)», *Cuadernos de Derecho Público*, n° 10 (mayo-agosto, 2000), INAP, Madrid.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras», *Tribunales de Justicia*, nº2, 1998.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Repensando el litisconsorcio pasivo necesario», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2015 parte Estudio, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015\1335).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991.
- DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La acción de jactancia del artículo 124 de la LRJS. Comentario a la STS de 26 de diciembre de 2013», *IUSLabor* 1/2014, *Revista electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*.
- ESTEBAN, P., «A vueltas con la sentencia que declaró improcedente el despido de una interina... ¿Era necesario citar al TJUE?», *laleydigital360*, Wolters Kluber, LA LEY 270264/2016.
- ESTEVE SEGARRA, A., «El procedimiento monitorio laboral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso laboral Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., «De nuevo sobre los conceptos de acción y de pretensión», *Revista de Derecho procesal*, Nº 1, Revista Iberoamericana de Derecho procesal, 1988.
- FAIREN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal generales.*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.
- FALGUERA BARÓ, M.Á. y OLLÉ SESÉ, V., «La Modernització de l'oficina judicial i la jurisdicció social», *Món jurídic: butlletí del Col.legi d'Advocats de Barcelona*, Nº 246, Barcelona, 2010.
- FALGUERA BARÓ, M.A., «La Ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaboralismo por el Derecho Administrativo», *Revista electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*, Nº 2, *IUSLabor*, 2016.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, nº Especial VI, 1989.
- FERNÁNDEZ LEÓN, O., *Con la Venia, Manual de Oratoria para Abogados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- FERNÁNDEZ-LOMANAGARCÍA, M., *La reconvencción en el proceso laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «Nulidad de impugnación de laudo por la omisión de litisconsorcio pasivo necesario», *Aranzadi Social*, Nº 15/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\927).
- FERRAJOLI, L., «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», *RIFD* 1, 1966.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995.

- FOLGUERA CRESPO, J.A., «El proceso ordinario en la Ley de la Jurisdicción Social», *Revista de Derecho UNED*, núm. 8, UNED, 2011.
- FOLGUERA CRESPO, J.A., en AA.VV., (Dir. FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA M^a. L.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- FONT ALMAGRO, N.V., «Hechos nuevos y proceso de Seguridad Social», *Foro de Seguridad Social*, Revista 15/16, septiembre 2006, Madrid, 2006.
- FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- GABALDÓN LÓPEZ, J., «Nulidad de actuaciones procesales y recurso de amparo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 30, 1993.
- GALIANA MORENO, J.M. «Algunos tópicos e incongruencias de las reformas del “mercado de trabajo”», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 161/2014, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- GALIANA MORENO, J.M., «Artículo 150. Admisión de la demanda y tramitación», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GALIANA MORENO, J.M^a, «Artículo 154. Legitimación activa», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GALINDO FERRERO, V., «Las acciones declarativas individuales en el proceso laboral», *Aranzadi Instituciones*, BIB 2008\1983.
- GARCÍA ALVAREZ, R., «Mediación y Juzgados de lo social: un encuentro entre alternativas», *Revista del Poder Judicial*, nº 94, 2012.
- GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Ofreciendo alternativas desde los juzgados de lo social de Madrid: mediación intrajudicial», *El Laboralista*, mayo de 2015, Asociación Nacional de Laboralistas, Madrid y «El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo», *Trabajo y Derecho* Nº 2, febrero 2015, Wolters Kluwer.
- GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., «La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del Derecho en constante renovación», *FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva época*, núm. 4/2006, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- GARCÍA BLASCO, J., «Derecho al recurso laboral y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, nº 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.
- GARCÍA BLASCO, J., «Tutela judicial efectiva y doctrina del Tribunal Constitucional: el derecho al proceso laboral», *Actualidad Laboral*, Nº 30, semana 24, 30 julio 1989, La Ley, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas (Sexta edición), Madrid, 1999.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*,

Civitas, Madrid, 1999.

GARCÍA FERREIRA, M., «Artículo 101. Proceso monitorio», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.

GARCÍA GIMÉNEZ, M., «¿La reclamación administrativa previa desaparece o sólo se «transforma»?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 405 (diciembre 2016), CEF, Madrid.

GARCÍA MURCIA, J., «La protección del Estado y de los intereses de la comunidad frente al conflicto colectivo de trabajo: del Código Penal de 1848 al de 1928», *Revista de Política Social*, Nº 147, julio-septiembre 1985, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., *La conciliación judicial en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCIA RODRIGUEZ, B. en «El ocaso anticipado de una demanda», *Aranzadi Social* núm. 5/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

GARCÍA RUBIO, M. A., «El proceso de conflictos colectivos», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El Proceso Laboral*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 2013.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «Un nuevo episodio en el atormentado mundo de las relaciones entre los órdenes social y contencioso en materia de seguridad social: el caso de la impugnación de las actas de infracción sin liquidación de cuotas.», *Revista de Información Laboral*, núm 11/2015 parte Art. Doctrinal, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015\17107, de Aranzadi Instituciones).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., «La frecuentada solución procesal del convenio transaccional en fase de recurso», *Revista de Información Laboral* núm. 2/2015, Lex Nova, Valladolid, 2015.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «El peregrinaje jurisdiccional de los árbitros de competiciones deportivas: su laboralidad como telón de fondo», *Revista de Información Laboral* núm. 1/2016, Lex Nova, Valladolid, 2016.

GARRIDO GÓMEZ, M.I., «La predecibilidad de las decisiones judiciales», *Ius et Praxis*, 15(1), 55-72. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100003>.

GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.

GIL CREMADES, J.J., «La motivación de las decisiones jurídicas», en *CONSTITUCIÓN, DERECHO Y PROCESO. ESTUDIOS EN MEMORIA DE LOS PROFESORES VICENTE HERCE QUEMADA Y ANGEL DUQUE BARRAGUES*. Institución «Fernando el católico»,

- Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983.
- GIL MEANA, M. y MOLINE JORQUES, E., «La Ley de Procedimiento Laboral, de 13 de junio de 1980. Novedades de la misma», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, LA LEY, 1980.
- GIL PLANA, J., «La razón de ser del procedimiento laboral (I)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 169/2014, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- GIL SUÁREZ, L., «Constitución y Jurisdicción de Trabajo», *Documentación Laboral* Nº 57, Ediciones Cinca, 1998.
- GIL SUÁREZ, L., «Jurisdicción y Competencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 28, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, V., «Acerca de la constitucionalidad de la Ley de tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 29, enero 2013, Iustel, 2013.
- GIMENO SENDRA, V., «La retroactividad de la STC 140/2016 sobre las tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, septiembre 2016, Iustel, 2016.
- GIMENO SENDRA, V., «Tasas judiciales y financiación de la Justicia», *Revista General de Derecho Procesal* 39, Iustel, 2016.
- GODDING, P., «Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18 siècle» en FORIERS, P y PERELMAN, CH., *La motivation des décisions de justice*, Bruselas: Emile Bruylant, 1978.
- GOERLICH PESET, J.M., «Artículo 74. Principios del proceso», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- GOERLICH PESET, J.M., «Artículo 75. Deberes procesales de las partes», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- GOERLICH PESET, J.M., «Los medios de impugnación» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, Á.) *El proceso laboral*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- GOERLICH PESET, J.M., «Los recursos de casación: Casación ordinaria y casación para la unificación de Doctrina», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El proceso laboral*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GOERLICH PESET, J.M., «Recursos contra sentencias firmes», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El proceso laboral*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ GARRIDO, L.M., *Doctrina del TC relativa al proceso social (1981-2013). Proyección en la nueva LRJS*, Cuadernos de Aranzadi Social, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., «“Buenas prácticas” y crisis de los principios del proceso laboral», en AA.VV., *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)* (Dir. RAMIREZ BENDALA, M^a D), Laborum, Murcia, 2015.

- GONZÁLEZ CALVET, J. y SERNA CALVO, M., «La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria», *Relaciones Laborales*, N° 11, LA LEY, Madrid, 2014.
- GONZÁLEZ CALVET, J., *Ejecución provisional de las sentencias en la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., «Desestimación tácita, incongruencia por omisión de pronunciamiento y derecho a la motivación de sentencias *Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 27/1988, de 23 de febrero*», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 35, Civitas, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., «Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)», *Jueces para la democracia*, 46, marzo 2003.
- GONZÁLEZ VELASCO, J., *Conciliación y reclamación previas en lo laboral*, Edersa, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ VELASCO, J.P., «En el llamado litisconsorcio voluntario no hay litisconsorcio», *Revista de Derecho Procesal*, n° 4, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.
- GONZÁLEZ-MONTES, J.L., «La prueba de reconocimiento judicial: admisión y práctica en el proceso civil», *Economist & Jurist*, N° 161, 2012 (<http://www.economistjurist.es/>).
- GOÑI SEIN, J.L. y RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., «La regulación convencional en materia de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de trabajadores con limitaciones psicofísicas», *Revista de Información Laboral*, N° 12/2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GUASP DELGADO, J., *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- GUASP DELGADO, J., «Significación del proceso del trabajo en la teoría general del Derecho Procesal», *Revista de la Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho*, X (55-56), (1949)
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: ámbito material, legitimación, carácter potestativo y plazos de interposición», *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 155/2012, Civitas, Pamplona 2012 (BIB 2012\2801).
- HERNÁNDEZ VITORIA, M^a J., «Trámites preprocesales en el ejercicio de acciones judiciales contra órganos públicos en el proceso laboral», *Revista de Información Laboral*, N° 2, Lex Nova, Valladolid, 2016.
- HERNANDO ESPADA, D., «A vueltas sobre la laboralidad de la prestación de servicios de los árbitros: el caso Mitjana (Comentario a la STSJ Cataluña, de 25 de mayo de 2015)», *Revista de Información Laboral* núm. 2/2016, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- HUERGO LORA, A., «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Administración pública*, Núm. 145, Enero-abril 1998.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. «Contexto de descubrimiento/Contexto de justificación: ¿Una pareja desahuciada?», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García*

- San Miguel*, Tomo 2, Virgilio Zapatero (Ed), Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., «La fuerza vinculante del precedente judicial», *ISEGORÍA*, N° 35, julio-diciembre 2006, Instituto de Filosofía, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- IGARTUASALAVERRIA, J., «La motivación de las sentencias», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, IVAP, 1991.
- IGARTUA SALAVERRIA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, IVAP y Civitas, Madrid, 1998.
- IGARTUA SALAVERRIA, J., *Teoría analítica del derecho (La interpretación de la Ley)*, IVAP, Oñati, 1994.
- IGLESIAS CANLE, I.C., «Formas de solución de conflictos tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre: especial referencia a la conciliación y mediación», *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 20, n° 2: 65-82, 2011.
- INIESTA DELGADO, J.J., *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia 2003, Zaragoza, 2003.
- ITURRALDE SESMA, V., «Justificación interna y regla modus ponens» en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo 2, Virgilio Zapatero (Ed), Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002.
- ITURRALDE, V., «Precedente Judicial», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, marzo-agosto 2013, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.
- JUANES FRAGA, E., «Artículo 191. Ámbito de aplicación», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- JUANES FRAGA, E., «Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- LAHUERTA BELLIDO, M.I., «Supletoriedad de la Leciv en la ejecución provisional laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num. 5/2003, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\1664).
- LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, Ariel, Barcelona, 1974.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LASAOSA IRIGOYEN, E., *La jurisdicción social en España: una visión histórica*, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid, 2008.
- LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación española 2 Procedimiento Civil*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1998.

- LLOBELL TUSET, J., *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- LLUCH CORELL, F., «El recurso de suplicación», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El Proceso Laboral Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Valencia, 2013.
- LOBETE PASTOR, J., «Los papeles del mediador y sus técnicas», *El Laboralista*, mayo 2015, Asociación Nacional de Laboralistas, Madrid, 2015 (www.ellaboralista.com).
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., «Solución de conflictos laborales individuales en clave de mediación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 377-378 (agosto-septiembre 2014), CEF, Madrid.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., «Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 12 y 420», *Revista para el análisis del Derecho*, WWW.INDRET.COM.
- LÓPEZ TERRADA, E. «La sentencia y otras formas de terminación del proceso», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El Proceso Laboral Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Valencia, 2013.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., «La Ley de la Jurisdicción Social: una primera aproximación», *Actualidad Laboral*, Nº 21-22, p. 2481, tomo 2, LA LEY (19516/2011).
- LOZANO GAGO, M., «Principales aspectos de la conciliación laboral», LEGALTODAY, 12 de diciembre de 2014 (<http://www.legaltoday.com/>).
- LUJÁN ALCARAZ, J. «Artículo 85. Celebración del juicio», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- LUJÁN ALCARAZ, J., «Artículo 50. Sentencias orales», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*. Aranzadi, Pamplona, 2013.
- LUJÁN ALCARAZ, J., «Artículo 81. Admisión de la demanda», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social* (Aranzadi, Cizur Menor, 2013).
- LUJÁN ALCARAZ, J., «Artículo 97. Forma de la sentencia», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- MALDONADO RAMOS, J., «Artículo 510. Motivos», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- MARÍN CORREA, J.M^a, «Dimisión del trabajador: retractación eficaz», *Actualidad Laboral*, nº 2, Sección Sentencias Ejemplares, Febrero 2013, Ref. 47, p. 270, tomo 1, LA LEY. [La Sentencia del TS es de 17 de julio de 2012 (RCUD núm. 2224/2011)].
- MARÍN MORAL, I., «La legitimación activa de una comisión de trabajadores en la impugnación de un despido colectivo y causas de nulidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 42/2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2012 (BIB 2012\2900).

- MARQUEZ PRIETO, A., *Litisconsorcio en materia de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2000.
- MARTÍN DEL BURGO Y MARCHAN, A., *La justicia como problema. El juez como administrador del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2001.
- MARTÍN VALVERDE, A., «La Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social: caracterización general», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº 103, Madrid, junio 2013.
- MARTÍN VALVERDE, A., «Las reformas de la ley de procedimiento laboral (1958-2010).», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 151/2011, Civitas, Pamplona, 2011.
- MARTÍN VALVERDE, A., «Los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social: incidencia de la crisis económica», *Relaciones Laborales* Nº 11, noviembre 2014, La Ley, Madrid, 2014.
- MARTÍN VALVERDE, A., «Valor del precedente y unificación de doctrina», *Actualidad Laboral*, Nº 6, Junio 2014, Wolters Kluwer, 2014.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Los órganos jurisdiccionales y la Constitución» en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La prueba en los recursos laborales (interpretación y alcance del artículo 231 de la ley de procedimiento laboral)», *Revista Xuridica Galega*, nº 28, páx 13, www.rexurga.es, 2000.
- MARTÍNEZ MOYA, J., «Artículo 304. Competencia, medidas cautelares e impugnación de la ejecución provisional», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral», en AA. VV., (Dir. VALDÉS DAL-RÉ), F., *La reforma del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- MECERREYES JIMÉNEZ, M., «No concilies, que es peor. Sobre el art. 85.8 de la LRJS», *Boletín Digital Social*, Nº 6, julio 2016, AJFV.
- MEDINA CASTILLO, J.E., «De la audiencia al demandado rebelde», en AA.VV., (Dir. MONERÉO PÉREZ, J.L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- MELLA MÉNDEZ, I., *La reconversión en el proceso laboral*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- MENGER, A., *El Derecho civil y los pobres*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898.
- MERCADER UGUINA, J.R., «“Error patente” y límites del control del tribunal constitucional sobre la legalidad ordinaria (Breves reflexiones al hilo de la STC 43/2002, de 25 de febrero)», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 118, julio-agosto 2003.
- MERCADER UGUINA, J.R., «Artículo 1. Orden jurisdiccional social», en AA.VV., (Dir.

- MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- MERCADER UGUINA, J.R., «Artículo 130. Litisconsorcio pasivo necesario», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- MERCADER UGUINA, J.R., «Las partes en el proceso laboral» en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- MIÑARRO YANINI, M., «Legitimación sindical y proceso del despido colectivo: una lectura de *favor actionis*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, Pleno, de 28 de enero de 2015, rec. núm. 35/2014», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 385 (abril 2015), CEF, Madrid.
- MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MOLINA NAVARRETE, C. ««Un mano a mano»: reformas proyectadas de la justicia social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 374 (mayo 2014), CEF, Madrid, 2014.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Algunos aspectos procesales especialmente relevantes y conflictivos del despido colectivo» en *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012 ¿Aplicación o Recreación?*, con MARCOS GONZALEZ, J.I., Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Algunos aspectos procesales especialmente relevantes y conflictivos del despido colectivo.» En *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012*, Aranzadi, Pamplona, 2013, BIB 2013\10307.
- MOLINA NAVARRETE, C., «El proceso laboral y la nueva Oficina Judicial. Las reformas introducidas por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial», *Estudios Jurídicos*, N° 2010, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2010.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Independencia del juez social y seguridad jurídica: la tensión entre la ley y los «usos opcionales del derecho» en la experiencia laboral reciente», *Trabajo y Derecho*, N° 4, 1 de abril de 2015, Wolters Kluwer, Madrid.
- MOLINA NAVARRETE, C., «La reforma procesal social: ¿De la «modernización burocrática» al «desbordamiento de la jurisdicción»?», *Revista de Trabajo y de Seguridad Social* núm. 344, CEF, Madrid, 2011.
- MOLINA NAVARRETE, C., «La regulación «no está en funciones»: novedades «post-vacacionales» que marcan la agenda de la nueva reforma laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 403 (octubre 2016), CEF, Madrid, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, LA LEY, Madrid, 2012.

- MOLINA NAVARRETE, C., *La Reforma Laboral a Juicio de los Tribunales*, LA LEY, Madrid, 2016.
- MOLINER TAMBORERO, G., «Demanda, contestación y periodo intermedio», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 28, Madrid, 2001.
- MOLINER TAMBORERO, G., «El sistema de recursos en la nueva Ley de la Jurisdicción Social», *El Laboralista*, marzo de 2012, ASNALA (www.elaboralista.com).
- MOLINER TAMBORERO, G., «Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrinas», *Revista del Poder Judicial* N° 93, CGPJ, Madrid, 2012.
- MOLINER TAMBORERO, G., «La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*/35-2013 (www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/.../tribuna.pdf).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y OTROS, *Manual de Derecho Procesal de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MONTERO AROCA, J, CARRATALÁ TERUAL, J.L. y MEDIAVILLA CRUZ, M^a L., *Proceso Laboral Práctico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO AROCA, J., «La cosa juzgada. Conceptos generales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Privado y Constitución*, n° 8, 1996, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.
- MONTERO AROCA, J., *El proceso civil Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, Tomo I, Lib. Bosch, Barcelona, 1979.
- MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1982.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- MONTERO AROCA, J., *Proceso Laboral Práctico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- MONTERO AROCA, J., y MARÍN CORREA, J.M^a, *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MONTESANO, LUIS A. I., «Ventajas e inconvenientes de la oralidad y del modelo oral de juicio», *La Ley* (Directorio de Abogados).

- MONTESIONOS, J. y OTROS, *Anuario de las Relaciones Laborales en España 1975*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1976.
- MONTOYA MEDINA, D., «El proceso ordinario: La demanda», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El Proceso Laboral*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MONTOYA MELGAR y OTROS, *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A. y OTROS, *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2016.
- MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 20. Representación por los Sindicatos», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 27. Acciones indebidamente acumuladas», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MONTOYA MELGAR, A., «Artículo 43. Tiempo de las actuaciones judiciales», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MONTOYA MELGAR, A., «El trabajo en la Constitución», *Revista Foro Nueva época núm. 0*, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A., «La ampliación de la materia contenciosa laboral: luces y sombras», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 167/2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. V parte Estudio*, Aranzadi, Pamplona, 1998 (BIB 1998\923).
- MONTOYA MELGAR, A., «Los procesos laborales y el sistema del Derecho del Trabajo», *REDT* N° 25, Civitas, Madrid, 1986.
- MORALES VÁLLEZ, E., «La retractación en el orden jurisdiccional social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., «Retractación del despido a la luz de su evolución en la doctrina jurisprudencial», *Aranzadi Social*, núm. 12/2010, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- MORENO PÉREZ, J.M., «El orden social conoce de los intereses moratorios contra el FOGASA: domina la razón práctica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2016, 2763/2015», *RTSS. CEF*, núm. 408 (marzo 2017).
- MORENO PÉREZ, J.M., «La Administración de Justicia no es un bien escaso: los límites constitucionales a las tasas judiciales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 404, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016.
- MORENO PÉREZ, J.M., «La subsanación de oficio ante la falta de litisconsorte pasivo necesario: una sensibilidad consolidada a la luz del artículo 420 de la nueva Ley de Enjuiciamiento

- Civil», *Temas Laborales Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 58/2001, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2001.
- MORENO VIDA, M^a. N., «Artículo 16. Capacidad procesal y representación», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- MOYA AMADOR, R., «Artículo 97. Forma de la sentencia», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- MUERZA ESPARZA, J., «Comentario al artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivos de la revisión», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, enero 2001 (BIB 2001\2571).
- MUERZA ESPARZA, J.J., «Algunas consideraciones sobre la ejecución provisional en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Aranzadi Civil* nº 16/2000, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- MUÑOZ GONZALEZ, L., «Litispendencia», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 6, 2003.
- MUÑOZ ROJAS, T., «Una perspectiva del nuevo proceso laboral español», *Actualidad Laboral* Nº 46, diciembre 1990, LA LEY, Madrid.
- MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- NIEVA FENOLL, J., «Mediación y arbitraje: ¿Una ilusión decepcionante?», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 39 mayo 2016, Iustel (Revistasustel.com).
- NOYA FERREIRO, M^a L y BARELA GÓMEZ, B.J., «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 19 a 22», *InDret Revista para el análisis del Derecho* 3/2005, Barcelona, julio 2005 (www.Indret.com).
- OLARTE ENCABO, S., «El peregrinaje de los dependientes o la diferida ampliación competencial del orden social en materia de prestaciones de dependencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 –RCUD 1115/2013», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 372 (marzo 2014), CEF, Madrid.
- OLARTE MADERO, F. y ALEGRE NUENO, M., «La ejecución especial de despido», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso Laboral*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- OLARTE MADERO, F. y BLASCO PELLICER, A., «Ejecuciones especiales» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.) *El proceso Laboral*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- OLARTE MADERO, F. y SALA FRANCO, T., «Modalidad procesal de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso Laboral*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- OLARTE MADERO, F., «La ejecución laboral», en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A), *El proceso Laboral*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- OLARTE MADERO, F., «Novedades en ejecución: transacción, ejecución de conflictos colectivos y ejecución provisional», en AA.VV., (Directores: BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M.), *La reforma del proceso laboral La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *IURA NOVIT CURIA La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- ORTELLS RAMOS, M. y OTROS, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *RibDP*, 1977, 1.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- ORTELLS RAMOS, M., «La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de “Unificación de Doctrina” y de “Interés Casacional”», www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Fundamentación de las sentencias», *RGLJ*, 1866, T. XXIX.
- PADURA BALLESTEROS, M.T., «Cosa juzgada formal y cosa juzgada material de las resoluciones sobre cuestiones procesales (TS 4ª S 27 enero 1998)», *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, Nº 6, LA LEY, Madrid, 1999.
- PADURA BALLESTEROS, Mª T., *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- PADURA BALLESTEROS, Mª T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- PALOMO BALDA, E., «Artículo 211. Traslado a las otras partes», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- PALOMO BALDA, E., «Artículo 219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- PECES MORATE, J. E., «La sentencia», en *Influencia de la Ley de enjuiciamiento civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- PEDRAJAS MORENO, A., «Reforma del proceso laboral: la implantación de la oficina judicial

- y otras medidas procesales complementarias», *Actualidad Laboral*, N° 10, Quincena del 16 al 31 May. 2010, tomo 1, LA LEY, Madrid, 2010.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», RGD, 1993.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, S.A., Madrid, 1990.
- PEÑA GONZALO, L. y AUSÍN DÍEZ, T., «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Monográfico: La argumentación en la prueba, 2001.
- PERELMAN, CH y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1970.
- PERELMAN, CH., «La motivation des décisions de justice, essai de synthèse», en FORIERS, P. y PERELMAN, CH., *La motivation des décisions de justice*, Emile Bruylant, Bruxelles, 1978.
- PERELMAN, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.
- PERELMAN, Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, París, 1979.
- PÉREZ ALGAR, F., «La relevancia constitucional del método jurídico», *Poder Judicial*, n° 20, 1990.
- PÉREZ CEBADERA, M.A., «La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad», *Revista de jurisprudencia*, número 2, 15 de abril de 2014 (www.revistadejurisprudencia.elderecho.com).
- PÉREZ DEL PRADO, D., «La estadística judicial en el orden social: últimos datos», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, Lex Nova, Valladolid, 2016.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994 (2ª edición revisada y puesta al día).
- PÉREZ MORALES, M.G., «Improcedencia de cosa juzgada en dos ejemplos: ser distinta la causa petendi; y no ser antecedente lógico del proceso ulterior lo resuelto en el primero», *Aranzadi Social* n° 6/2002, Cizur Menor, 2002.
- PÉREZ PÉREZ, M., «Implicaciones constitucionales de la ejecución provisional de sentencias laborales», en AA.VV., (Coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* LA LEY, Madrid, 2006.
- PLAZA GOLVANO, S., «Nuevo rol del Secretario Judicial en la Jurisdicción Laboral: la Conciliación», CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, Madrid, 2010.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso laboral*, Lex Nova-Thonson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley

- 39/15 de 1 de octubre y su impacto en el proceso laboral», *Revista de Información Laboral* núm. 10, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- PRIETO MORERA, A., *Fundamentos para una historia del proceso español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995.
- PUIG BLANES, F., PÉREZ BORRAT, M.L. y SOAPEDRA NAVAS, F.J., «La revisión de sentencias firmes», *Práctica de los Procesos Jurisdiccionales* (Civitas), Aranzadi, enero de 2012 (BIB 2012\8054).
- PULIDO QUECEDO, M., «De la negación del derecho al acierto del Juez...al error patente como motivo de amparo» (A propósito de la STC 107/2002, de 6 mayo), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 8/2002.
- PUPPIO, V.J., *Teoría General del Proceso*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.
- PURCALLA BONILLA, M.A., «El impacto de la crisis económica en el proceso judicial social: la nueva ley de la jurisdicción social (2011) y sus posteriores reformas en 2012», *Revista Internacional de Organizaciones*, nº 8, junio 2012, Universitat Rovira i Virgili, pp. 146-147, (http://www.revista-rio.org/index.php/revista_rio).
- QUESADA SEGURA, R., «Artículo 131. *Legitimación de sindicatos y empresario*», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- QUÍLEZ MORENO, J.M., «El proceso monitorio en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 27, mayo 2012, Iustel.
- QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 26, enero 2012.
- QUINTANA LOPEZ, T., y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., «El derecho a la tutela judicial: Reclamación administrativa previa y principio “pro actione”. A propósito de la STC 12/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 12)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 3/2003.
- RAMOS, F., «El discurso persuasivo como elemento esencial del acto protocolario: del clasicismo a la eficacia moderna», IX Congreso Internacional de Protocolo XV Congreso Nacional do Ceremonial Público, OICP, Sau Paulo, noviembre 2008.
- RAMOS ROMEU, F., «¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, nº 4/2006, Barcelona, 2006 (WWW.INDRET.COM).
- RENEDO JUÁREZ, M^a J., «Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 29, enero 2013.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *Reconvención y excepciones reconvencionales en la LEC 1/2000*, Civitas, Madrid, 2002.

- RÍOS MESTRE, J.M., «La consignación para recurrir en los despidos improcedentes», *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 196/2017, Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (BIB 2017\827).
- RÍOS MESTRE, J.M., «La consignación para recurrir y concurso de acreedores en la reciente jurisprudencia constitucional. Breve comentario a la STC 166/2016. Noticia de la STC 173/2016», *Revista de Derecho Social*, Nº 76, Octubre 2016, Bomarzo, Albacete, 2016.
- RÍOS MESTRE, J.M., *Reflexiones sobre la consignación en los recursos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- RÍOS SALMERÓN, B., «Artículo 293. Incumplimiento de la obligación de reintegro por el trabajador», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RÍOS SALMERÓN, B., «Comentario al artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. Prescripción y caducidad» en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2007, BIB 2007\3229.
- RIVERO LAMAS, J., «La conciliación judicial en los procesos laborales», *Revista de Política Social*, nº 85, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1970.
- ROCA MARTINEZ, J.M., «Las partes en el proceso laboral», *Relaciones Laborales*, Nº 1, Enero 2013, Año 29, tomo 1, LA LEY, Madrid.
- ROCA TRÍAS, E y AHUMADARUIZ, M^aA, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España.Roma-October2013*. (www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/.../PONENCIA.pdf).
- RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Prohibición de reconvenición implícita y actuaciones Judiciales», *Repertorio de Jurisprudencia* num.32/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007 (BIB 2007\2788).
- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., «Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales», *Revista de Derecho Social*, Núm. 65, Enero 2014, Bomarzo, Albacete, 2014.
- RODRIGUEZ PIÑERO, M., «Sobre los principios informadores del proceso de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Necesidad de motivación de las sentencias (Comentario a la STC 55/1987 de 13 mayo)», *LA LEY*, 1987 (4).
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 70, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Sobre los principios informadores del proceso social», en *Derecho del Trabajo y Proceso*, Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972.

- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Justicia constitucional y Derecho del Trabajo», en AA.VV., (Coord. ALARCÓN, M.R.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M. en *La Reforma del Procedimiento Laboral* (Coord. ALARCÓN CARACUEL, M.), Marcial Pons, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)», *AFD*, 2014 (XXX).
- RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «El pacto de *cuota litis* en la deontología de los abogados», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 25, Ministerio de Justicia-BOE-Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2008-2009.
- ROJAS RIVERO, G.P., «Artículo 304. *Competencia, medidas cautelares e impugnación de la ejecución provisional*», en AA.VV., (Dir. MONERÉO PÉREZ, J.L.) *Ley de la Jurisdicción Social*, Comares, Granada, 2013.
- ROJO TORRECILLA, E., «Los efectos prácticos de la doctrina reciente del TJUE en nuestro derecho laboral interno» Ponencia presentada en el XVI Congreso ASNALA (<http://www.slideshare.net/erojotorrecilla/ponencia-xvi-congreso-asnala-20-de-noviembre-de-2015>).
- ROMAGNOLI, U., «Derecho laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos», *Revista de Derecho Social*, Núm. 64, Octubre 2013, Bomarzo, Albacete, 2013.
- ROQUETA BUJ, R., «Los procesos de Oficio», en AA.VV., *El Proceso Laboral* (Dir. BLASCO PELLICER, A.), Tomo II, Tirant lo blanch Valencia, 2013.
- ROSENDE VILLAR, C., «Efectos directos y reflejos de la sentencia», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, Nº 3, Chile, 2001.
- RUBIO DE MEDINA, M.D., «Tribunales y órganos conciliatorios laborales en los inicios del siglo XX», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 35, 2013 Iustel, Madrid.
- RUIZ MORENO, J.M., «La tutela ejecutiva de los anticipos a cuenta en el proceso laboral: análisis de sus problemas y propuestas de solución», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 387 (junio 2015), CEF, Madrid, 2015.
- RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», *Poder Judicial*, nº 3, 1986.
- RUIZ ZAPATERO, G.G., «Revisión de resoluciones judiciales firmes incompatibles con Sentencias del TEDH y del TJUE», *Revista Quincena Fiscal* num. 6/2010, Aranzadi, Cizur Menor, 2010 (BIB 2010\279).
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «El proceso laboral: principios informadores» en AA.VV., *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Coords. DE BUEN LOZANO, N y MORGANO VALENZANO, E), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.

- SALINAS MOLANO, F. y FOLGUERA CRESPO, J.A. en «Jurisdicción social integral y modernización del proceso laboral. El proyecto de Ley de la Jurisdicción Social». *Relaciones Laborales*, nº 9, quincena del 1 al 15 Mayo 2011, año 27, tomo I.
- SALINAS MOLINA, F., «De la ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos», en AA.VV., (Directores FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.) *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SAN CRISTOBAL REALES, S., «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV, 2011.
- SAN CRISTOBAL REALES, S., «Los mecanismos de satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto, y la enervación del desahucio, para poner fin al proceso de forma anticipada», *Anuario jurídico y económico Escorialense*, XLV (2012) 91-118 / ISSN: 1133-3677.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Artículo 286. Imposibilidad de readmisión del trabajador», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- SANCHEZ ÁLVAREZ, E., «El encaje de los principios procedimentales del art. 74 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social con la estructuración orgánica del secretario judicial y sus potestades intraprocesales», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 32, Iustel, 2014.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «Las nuevas tasas judiciales y el orden jurisdiccional social», *RTSS* núm. 376 (julio 2014), CEF, Madrid, 2014.
- SÁNCHEZ PEGO, F.J., «La sentencia laboral de instancia y el principio de congruencia», *Actualidad laboral*, Nº 2, 1992.
- SANCHEZ PEGO, F.J., «Los principios del proceso enunciados en el art. 74 de la Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Laboral*, Nº 45, semana 3-9 diciembre 1990.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», *RAP*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1975, nº 77.
- SANZ RUBIALES, I., «Incidencia de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en la Ley de Procedimiento Laboral», *Revista de Información Laboral*, nº3/2011, Lex nova, Valladolid, 2011.
- SANZ TOME, F., «La Ley de Procedimiento Laboral: problemas puntuales», *Actualidad Laboral*, 1992, Ref. III, tomo 1, LA LEY 5246/2002.
- SAUVEL, M. T., «Histoire du jugement motivé», *Revue de Droit public*, 1955.
- SEGALÉS FIDALGO, J. *La prueba en el proceso laboral*, Comares, Granada, 2002.
- SEGALÉS FIDALGO, J., «La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre derechos de ciudadanía en la empresa», *Aranzadi Social* núm. 2/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007 (BIB 2007\362).

- SEGALÉS FIDALGO, J., «Legitimación individual de los trabajadores para interponer recurso de suplicación frente al auto extintivo concursal art. 64 LC», *Aranzadi Social*, núm. 33/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007 (BIB 2007\1231).
- SEGALÉS, J., «El juicio oral» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso laboral*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- SEGALÉS, J., «El juicio oral» en AA.VV., (Dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso laboral*, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a L., «De la representación y defensa procesales», en AA.VV., (Dir. MONERÉO PÉREZ, J.L.) *Ley de la Jurisdicción Social*, Comares, Granada, 2013.
- SEGURA ORTEGA, M., *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Artículo 207. Motivos del recurso de casación.», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B., «De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos» en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «¿Hay límites a la transacción sobre sentencia recurrida y favorable al trabajador?», *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 19/2007, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «¿Quién pide lo más pide lo menos?», en *Repertorio Jurisprudencia* núm. 8/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Artículo 201. Sentencia.», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Artículo 215. Efectos de la sentencia», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Artículo 228. Sentencia.», en AA.VV., (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Fórmulas alternativas a la consignación en metálico para recurrir una sentencia», *Aranzadi Social* vol. paraf. IV85, Aranzadi, Cizur Menor, 1997 (BIB 1997\1271).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Imposición de costas a los sindicatos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2016, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Por una nueva Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 520, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Recursos frente a sentencias de suplicación incongruentes»,

- Aranzadi Social* núm. 22/2003, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Reflexiones generales sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral», *Anales de Derecho*, Nº 10. 1987-1990, Universidad de Murcia.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Revisión de sentencia firme por falso testimonio», *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 16/2008, Aranzadi, Cizur Menor, 2008 (BIB 2008\1976).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Sobre el artículo 236 LRJS (I): revisión de sentencias o laudos firmes», *Aranzadi Social* núm. 11/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\474).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Sobre el artículo 236 LRJS (y II): revisión de errores judiciales», *Aranzadi Social* núm. 1/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, V., «El papel de la Fiscalía según la LRJS», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5/2013 parte Tribuna, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (BIB 2013\1674).
- SERRA DOMINGUEZ, M., «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2 y 3, 1971.
- SILVOSA TALLÓN, J.M., «La renuncia en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», 2009 (<http://noticias.jurídicas.com>).
- SOTO CARMONA, A., *El trabajo industrial en la España contemporánea (1874-1936)*, Anthropos, Barcelona, 1989.
- STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- TALÉNS VISCONTI, E.E., «El papel del secretario judicial con la nueva Oficina Judicial», *Diario La Ley*, Nº 7886, junio de 2012, Año XXXIII, LA LEY (6949/2012).
- TALÉNS VISCONTI, E.E., *El procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comentario al art. 218 de la LECiv Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación», *Grandes Tratados*, Aranzadi, Cizur Menor, Marzo de 2011 (BIB 2011\5045).
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comentario al art. 406 de la LECiv Contenido y forma de la reconvencción. Inadmisibilidad de la reconvencción no conexas con la demanda y de la reconvencción implícita», en AA.VV., (Dir. MARÍN CASTÁN, F), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (tomo I)*, Aranzadi 2011 (BIB 2011\5118).
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comentario al art. 410 LECiv. Comienzo de la litispendencia», *Grandes Tratados*, Aranzadi, Pamplona, 2011 (BIB 2011\5119).
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, LA LEY, Madrid, 2000.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudencia civil)*, Dykinson, Madrid, 2010.
- TÁRRAGA POVEDA, J. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Legitimación activa en la nueva modalidad

- procesal de despidos colectivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 2/2012, Aranzadi, Pamplona, 2012 (BIB 2012\655).
- TÁRRAGA POVEDA, J., «El pacto de “cuota litis” en el proceso laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm.9/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003\1000).
- TARUFFO, M., «Dimensioni del precedente giudiziario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nº 2, 1994.
- TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991.
- TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padua, 1975.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Milán, 2002.
- TARUFFO, M., «Precedente y jurisprudencia», *Precedente Revista Jurídica*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad ICESI, 2007.
- TASCÓN LÓPEZ, R., «La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el *desiderátum* legal y el ostracismo social», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Nº 10, 2009, Universidad de Valladolid-Lex Nova, Valladolid.
- TASCÓN LÓPEZ, R., «Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el orden social de la jurisdicción», *Temas Laborales*, NÚM. 86/2006, Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de relaciones Laborales, 2006.
- TODOLÍ SIGNES, A., «La relación jurídica de los árbitros deportivos desde la perspectiva comparada», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 49/2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- TORRES PÉREZ, A., «Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España», *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 21/2007, Civitas, Pamplona, 2007 (BIB 2007\97).
- TRILLO GARCÍA, A.R., «Artículo 150. Admisión de la demanda y tramitación», en AA.VV., (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F y GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Artículo 81. Admisión de la demanda», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico Jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Artículo 83. Suspensión de los actos de conciliación y juicio», en AA.VV., (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio Técnico-Jurídico y Sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., «Algunas claves de la reforma procesal laboral», *Actualidad Laboral* Nº 37, octubre 1990, La LEY, Madrid.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., «La ley de bases de procedimiento laboral. Aspectos más sobresalientes de

- una reforma procesal anunciada», *Temas Laborales Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Nº 15, Consejería de Trabajo y Bienestar Social. Junta de Andalucía, 1989.
- VALLE MUÑOZ, F. A., «Los principios rectores del proceso laboral: manifestaciones en la LPL y tratamiento jurisprudencial», *Aranzadi Social*, Nº 5, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- VALLE MUÑOZ, F.A., «La admisión de recursos con defectos formales en el proceso laboral», *IUSLabor*, Nº 1, 2014, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, (<https://www.upf.edu/iuslabor/>).
- VALLE MUÑOZ, F.A., «La incidencia de las facultades probatorias del juez en la disposición del proceso laboral», *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 156/2012, Civitas, Madrid, 2012.
- VALLE MUÑOZ, F.A., «La multa por temeridad y mala fe en el proceso laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº 48, CEF, 2004.
- VALLE MUÑOZ, F.A., «La sentencia laboral in voce», *Revista de Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 9/2004, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- VALLE MUÑOZ, F.A., «La vigencia del principio “pro actione” en el proceso laboral», *Revista de Derecho Social*, Núm. 66, Abril 2014, Bomarzo, Albacete, 2014.
- VALLE MUÑOZ, F.A., *El desistimiento en el proceso laboral*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- VEGAS TORRES, J., «La eficacia excluyente de la litispendencia», *Revista electrónica del Departamento de derecho de la Universidad de la Rioja*, REDUR nº 0, 2002.
- VICENTE PALACIO, A., *El Efecto Positivo de la Cosa Juzgada en el Proceso Laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- VILATAMENADAS, S., «La congruencia de la resolución judicial y la vinculación al precedente», *Revista General de Derecho*, nº 886-887, 1993.
- VILATAMENADAS, S., «La motivación de la resolución judicial. La observancia del precedente», *Revista General de Derecho*, nº 604-605, 1995.
- WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
- WRÓBLEWSKI, J., *Motivation de la décision judiciaire*, en FORIERS, P. y PERELMAN, CH., *La motivation des décisions de justice*. Bruselas: Emile Bruylant, 1978.
- WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio editorial UPV, San Sebastián, 1989.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «EL papel del secretario judicial en la conciliación laboral tras la reforma de la LPL», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº 3, 2010 (www.riedpa.com).
- ZAPIRAIN BILBAO, A., «La precaria delimitación de fronteras entre motivación irrazonable e incongruencia omisiva y su repercusión sobre el incidente de nulidad del art. 241 LOPJ. Un recorrido por las SSTC 218/2003 y 83/2004», *Aranzadi Social*, núm. 15/2004, Cizur Menor,

2004, (BIB 2004\1697)._

ZAPIRAIN BILBAO, A., «Las implicaciones de la cosa juzgada en los litigios sobre Seguridad Social. Reflexiones al hilo de la más reciente jurisprudencia del TS», *Aranzadi Social*, núm. 4/2007, Cizur Menor, 2007, (BIB 2007\547).

ZAPIRAIN BILBAO, A., «Recolocación de incapacitados en la empresa prevista en regulación convencional. Adecuación de la acción a ejercitar para satisfacer tal pretensión», *Aranzadi Social*, N° 4, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.

ZAPIRAIN BILBAO, A.I., «La oportunidad de la STC 149/2016 para aplicar la «exportabilidad de las garantías» de tutela de derechos fundamentales a las normas sobre evitación del proceso de la LRJS (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2016, de 19 de septiembre)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 406, CEF, Madrid, 2017.

Agenda legislativa 2017, vLex.

CONCLUSIONES DE LAS XXVI JORNADAS NACIONALES DE JUECES DECANOS DE ESPAÑA.

<http://www.abogacia.es/site/lexnet-abogacia/lx-calendario-y-mapa-de-implantacion/>

<http://www.poderjudicial.es/>

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Social/>.

http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS_2015.pdf.

Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico (Ministerio de Justicia) https://www.administraciondejusticia.gob.es/.../modernizacion_lenguaje_juridico.

Memoria de Actividades 2015 del Consejo de Relaciones Laborales Vasco Web: <http://www.crl-lhk.org>.

X Informe del Observatorio de Justicia Gratuita (<http://www.abogacia.es/wpcontent/uploads/2014/07/X-Observatorio-JJGG-completo-red.pdf>).

