



EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE VALORACIÓN DE
INCAPACIDADES POR LAS JURISDICCIONES CONTENCIOSO-ADMINIS-
TRATIVA Y SOCIAL

*CONTROL OF THE TECHNICAL DISCRETIONALITY OF ASSESSMENT OF
DISABILITIES BY THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE AND SOCIAL
JURISDICTIONS*

ALICIA CANO MURILLO

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

MERCENARIO VILLALBA LAVA

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 20/11/2020 Aceptado: 18/12/2020

RESUMEN

Concepto de la discrecionalidad técnica y de su control judicial en sede Contencioso-Administrativa y Social. Planteamiento de los conceptos jurídicos indeterminados de incapacidad y discapacidad de los trabajadores en el área social y de los funcionarios públicos en el de la Administración Pública. Valoración de sus distintas técnicas de control, concluyendo que finalmente se llega a una situación equiparada de dicho control de la discrecionalidad técnica.

Palabras clave: Discrecionalidad judicial, recurso de suplicación, orden jurisdiccional Social, orden Contencioso-Administrativo, control judicial, capacidad y discapacidad.

ABSTRACT

Concept of technical discretion and its judicial control at the Contentious-so-Administrative and Social headquarters. Approach to the indeterminate legal concepts of incapacity and disability of workers in the social area and of public officials in the Public Administration. Assessment of its different control techniques, concluding that finally a comparable situation of said control of technical discretion is reached. *Keywords*: Carlos III, Real Cédula, Badajoz, Administration of justice.

Keywords: Judicial discretion, appeal, Social jurisdictional order, Contentious-Administrative order, judicial control, capacity and disability.

Sumario: 1. Presentación. 2. Sobre la existencia de la doble instancia. 3. La discrecionalidad de la Administración, su discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados. 4. La técnica de la suplicación. 5. Consecuencias de lo expuesto en los ámbitos judiciales Contencioso-Administrativo y Social.

1. PRESENTACIÓN

Queremos destacar, en esta Sección práctica del *Anuario*, una cuestión que a menudo nos planteamos sobre el control judicial de la discrecionalidad técnica de la Administración en sede de jurisdicción Social con ocasión del recurso de suplicación propio del orden laboral, teniendo en cuenta que en el resto de los órdenes jurisdiccionales, el primer recurso devolutivo que se puede presentar (apelación) es de carácter ordinario, mientras que el recurso de suplicación tiene naturaleza extraordinaria, singularidad a la que abunda que en el escrito iniciador del procedimiento o demanda no se exige la cita de preceptos legales y menos de jurisprudencia, y el trámite de contestación al escrito rector se lleva a efecto en el propio acto de juicio¹. A ello debe añadirse que, por esa naturaleza extraordinaria, cuasi-casacional, el recurso de suplicación conlleva notables exigencias en cuanto a la

1 Igualmente, en el proceso contencioso-administrativo, el proceso debe iniciarse por demanda en las materias a que se refiere el art. 78 de la LJCA, con contestación en el juicio oral, si bien sí que es necesaria su fundamentación jurídica. Podría plantearse hasta qué punto no sería más garantista, la necesidad de una contestación previa por escrito antes de la celebración del juicio, incluso como paradójicamente pudiera considerarse para acelerar el proceso.

modificación de los hechos probados², así como el examen del Derecho aplicado por el Juez de lo Social para fundar la sentencia que se recurre, cuya impugnación se produce igualmente por escrito.

Cuando la Administración pública actúa en el ámbito del Derecho Administrativo responde, en caso de impugnación de la resolución administrativa, ante la vía Contencioso-Administrativa (art. 1 de la LJCA) pero igualmente, en legítimo ejercicio de su autotutela, sobre la base del principio de eficacia (art. 103 de la CE) y de acuerdo con las sentencias del Tribunal Constitucional (22/84), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (casos Hoeschst y Dow Chemical Ibérica de 1989) y del Tribunal Supremo [entre otras, STS (Sala III) de 10-11-1986], cuando actúa en materia de pretensiones sobre la Seguridad Social debe hacerlo ante la jurisdicción Social (art. 1 de la LJS) con regímenes procesales y medios en la sustanciación de los recursos distintos, que en la práctica y en el fondo no lo son tanto, como razonaremos, aunque sí manifiesten diferencias teóricas, que a lo largo de este artículo doctrinal queremos examinar, con especial atención al concepto de discrecionalidad técnica de los órganos de valoración de las discapacidades e incapacidades, y teniendo bien presente el deber de sujeción a la legalidad que obliga a la Administración para catalogar las incapacidades o discapacidades en la vía administrativa previa, no existiendo en la jurisdicción Social preceptos análogos a los arts. 33.2 65.2 de la LJCA, que otorgan la posibilidad de someter a la consideración de las partes las posibles causas, no suscitadas oportunamente por las partes, pero que a juicio del juez pudiesen servir para la estimación o desestimación del recurso judicial.

Por último, queremos hacer hincapié en el diferente régimen jurídico que existe en la actualidad a la hora de presentar la demanda con relación al plazo de caducidad de 20 días establecido en la Ley de la Jurisdicción Social y del diferente

2 Que deben figurar expresamente en la sentencia, aunque la jurisprudencia ha señalado también que con tal valor se tengan algunas manifestaciones obrantes a los fundamentos jurídicos, debiéndose hacer constar también en la sentencia los elementos y causas de convicción en que se ha basado el Juez de lo Social para decidir (art. 97 de la LJS y SSTS de 7 de febrero de 1992, 23 de febrero de 1999, 12 de julio de 2005, 12 de diciembre de 2011 o de 22 de diciembre de 2011 señalan que no origina la nulidad de la sentencia si constan los hechos imprescindibles para resolver la cuestión debatida en los fundamentos jurídicos, que tienen el valor de hechos probados aun cuando estén ubicados en un lugar inadecuado de la sentencia, ya que se admite la validez de las declaraciones fácticas que aparezcan en las respectivas resoluciones, ya sea en su adecuado lugar de hechos probados o en los fundamentos jurídicos.

régimen jurídico que existe entre los actos de naturaleza netamente laboral, de los que conoce la jurisdicción Social aunque la empleadora sea la Administración pública, de las pretensiones referidas a la Seguridad Social, en donde es necesario una reclamación administrativa previa, más propia de la autotutela administrativa y de las facultades exorbitantes de la Administración de la Seguridad Social³.

2. SOBRE LA EXISTENCIA DE LA DOBLE INSTANCIA

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho de acceso a los recursos forma parte del contenido a la tutela judicial efectiva.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 374/1993, que señala que es doctrina consolidada y muy reiterada (SSTC 21/1990 , 23/1992 y 72/1992) que el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos forma parte integrante del contenido a la tutela judicial efectiva, siempre que se cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia Ley establezca, correspondiendo a los órganos judiciales decidir en cada caso sobre el cumplimiento o no de esas exigencias.

El sistema de recursos es de configuración legal y pertenece al ámbito de libertad del Legislador (SSTC 93/1993, 230/1993 y 37/1995). Es el Legislador quien tiene plenas facultades para configurar tal régimen de medios de impugnación, excepción hecha del derecho del declarado culpable de un delito a que el fallo y la pena sean sometidos a un tribunal superior, derecho a los recursos reconocidos en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, y que el Tribunal Constitucional ha considerado integrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española (SSTC 42/1982 , 33/ 1989 y 255/ 1993).

Por ello, el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los

3 Ver en este sentido la disposición adicional 1ª de la Ley 39/2015, que introdujo nueva redacción a los preceptos correspondientes de la LJS de 2011, y en este sentido la STC de 28 de enero de 2003, la STS (Sala IV) de 8-10-2009, rec. 3604/2008, de esta Sala de lo Social de Extremadura 75/2019 de 7 de enero o 446/2020 de 16 de noviembre

diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que, ni siquiera, exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en la jurisdicción penal.

No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o el condicionamiento de su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos.

Como decimos, el derecho a la efectividad de la tutela judicial, a que se refiere el artículo 24,1 de nuestro texto constitucional, incluye el derecho al acceso a los recursos contemplados en la Ley en los términos concretos en que vengán establecidos en la normativa procesal ordinaria, y siempre que así esté contemplado en la misma (STC nº 255 de 20-6-93), pues se otorga también tutela judicial efectiva, conforme a doctrina constitucional constante, cuando el legislador ha diseñado una regulación procesal en la que solamente existe una única respuesta judicial razonada (SSTC nº 132, de 15-6-97 o nº 111, de 5-5-00). Igualmente, las partes deben someterse a todas las exigencias formales previstas para el acceso a los recursos (SSTC nº 149, de 3-5-93 nº 170 , de 27-9-99), que están establecidas como una garantía para todas ellas, cuyo cumplimiento no es por tanto un capricho del legislador ni de los órganos judiciales, ni afecta al Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (STC nº 89, de 21-4-89), siendo precisamente por eso por lo que está reglada la necesaria intervención en este recurso de profesional perito en Derecho (actualmente, o Letrado o Graduado Social).

En el caso del concreto recurso de suplicación, actualmente regulado en los artículos 190 a 204, y de modo común con la casación, en los 229 a 235, todos ellos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10-11, se señala de modo expreso y claro cuáles son las exigencias formales que se deben cumplimentar por parte de los recurrentes, en atención a los motivos tasados de este tipo de recurso, cuasi-casacional, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes su cumplimiento (STC nº 75, de 14-3-94), y debiendo controlarse ello por los órganos judiciales (STC nº 165, de 16-10-89).

Y conforme a dicha regulación procesal, únicamente se prevé la posibilidad de que el recurso se pueda formalizar con base en alguno de los tres motivos que se señalan en el artículo 193 de dicho texto adjetivo, cumpliendo de modo ineludible las exigencias esenciales que se derivan de dicho precepto y del 196 LRJS, conforme ha sido interpretado por parte de la jurisprudencia, pudiendo dictarse una resolución judicial que sea desestimatoria del recurso formalizado como consecuencia del incumplimiento insubsanable de las exigencias formales esenciales, sin que ello comporte denegación de tutela judicial (SSTC nº 92, de 23-5-90 y nº 109, de 20-5-91)⁴.

3. LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, SU DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Para abordar el concepto de discrecionalidad técnica de la Administración entendemos que resulta conveniente abordar, con carácter previo, los de discrecionalidad administrativa y referirnos a los conceptos jurídicos indeterminados.

La discrecionalidad administrativa se basa en que la ley otorga a la Administración, la posibilidad de elegir entre varias soluciones igualmente justas y, por lo tanto, jurídicamente indiferentes para los tribunales de justicia.

Ello no quiere decir, como ya puso de relieve la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, que existan actos discrecionales en bloque, ya que toda decisión administrativa, por intensa que sea su discrecionalidad, está sujeta al control de legalidad de la actuación administrativa por los tribunales (art. 103, 106 y 24 de la CE), y dentro de ese contenido material del acto, como ya reconocía la antigua LJCA de 1956 (art. 83.3), hay siempre elementos reglados como lo son la competencia, el procedimiento y el fin.

4 Debemos recordar que la admisión o no de un recurso es una cuestión que debe ser examinada por el Tribunal, incluso de oficio, ya que se trata de una materia de orden público, pues es claro que no puede dejarse al arbitrio de quien pretende el acceso a los recursos alterar su régimen establecido en la Ley. Es por ello que, aunque el Juzgado lo haya admitido inicialmente el escrito del recurso, corresponde a la Sala verificar si contra tal auto o sentencia cabe o no recurso.

El control de los aspectos típicamente reglados de las potestades discrecionales no ofrece ninguna dificultad, ya que, si el acto se dictó por órgano incompetente, sin seguir el procedimiento previsto, atendiendo a una finalidad distinta de aquella para la que se otorgó la potestad administrativa o sin que en la realidad existiera la base de hecho imprescindible, el pronunciamiento anulador del juez resulta claro para la doctrina y jurisprudencia desde hace mucho tiempo.

La mayor dificultad surge cuando lo que se controla es, precisamente, la determinación de si tal solución adoptada por la Administración es igualmente justa que otras, para lo que los tribunales utilizan, por un lado, un control a través de los hechos determinantes, ya que toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho, que concurrirá o no; y, en segundo lugar, a través del debido sometimiento de la Administración al principio de legalidad a través de los principios generales del Derecho (entre el que se encuentra, destacadamente, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el respeto de los derechos fundamentales, ex art. 9 de la CE). Es por ello que la jurisprudencia y, posteriormente, la ley han venido exigiendo la debida motivación formal y sustantiva por parte de la Administración de las potestades discrecionales, sin la cual no podría existir tal control judicial, de manera que los tribunales anularán el acto de la Administración, ya se sujete al Derecho administrativo o de la Seguridad Social, cuando tal motivación sea inexistente o no respete los principios expuestos.

Distinto de la discrecionalidad administrativa son los denominados conceptos jurídicos indeterminados, pues mientras la discrecionalidad admite varias soluciones igualmente justas, entre las que puede elegir la Administración, en los conceptos jurídicos indeterminados, por el contrario, solo existe una única solución justa.

Como señala García de Enterría⁵, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en un caso específico no puede ser más que una, puesto que concurre o no; o hay buena fe o no hay buena fe, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, solamente es posible una

5 Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, Madrid: Cuadernos Civitas, 2016, 32 ss.

solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta, y esa solución es a la que debe haber llegado la Administración en aplicación del principio de legalidad, a diferencia del ejercicio de potestades discrecionales, en el que a la Administración se le presentaban varias opciones para elegir una alternativa justa pues lo que caracteriza a esta potestad administrativa es la posible pluralidad de soluciones igualmente justas mientras que en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, la norma jurídica, deliberadamente, no da resuelta la solución concreta de cada caso, por lo que es necesario valorar las circunstancias reales que concurren y con la mayor pureza, el mandato normativo para llegar a la solución más justa o, en otros términos, a la solución justa, tratándose, como decimos, de un problema de aplicación de la norma jurídica a un caso concreto.

La cuestión se torna problemática en esta determinación por la vieja cautela napoleónica de que juzgar a la Administración no debe ser administrar, estableciéndose en este sentido tres pautas: cuando claramente no estamos ante el concepto o elemento de certeza negativa (no hay un buen trato cuando una parte lesiona deliberadamente a otra, en circunstancias ordinarias), cuando concurre con claridad, elemento de certeza positiva (el elemento más característico de la situación es que le da besos amorosos continuamente), presentándose las dudas en el denominado halo de incertidumbre (existe como más característico que simplemente le saluda como a cualquier tercero), en cuyo caso, el control de los Tribunales se torna complejo y problemático, basculando en los tiempos más modernos a que, en caso de contar con todos los elementos de juicio, determine el tribunal judicial la existencia o no del concepto jurídico indeterminado⁶.

6 Este es el núcleo central en que se debate la jurisprudencia actual y en este sentido, téngase presente lo que ha expuesto la Sala de lo Contencioso-administrativo de este TSJ de Extremadura en diversas sentencias, entre las que podemos citar las de apelación 196/2019, recaída en el rollo 183/2019, la 99/2018, recaída en el rollo 2018, la 71/2019, recaída en el recurso 45/2019 o en la 71/2018, recaída en el rollo 33/2018, en la que dijimos que: “tal y como como hemos dicho en la sentencia 71/ 2018 de 26 de abril, en el recurso de apelación 33/18 , la denominada discrecionalidad técnica utilizada por la Administración en la valoración de los concursos no es propiamente discrecionalidad sino valoración por un órgano técnico de los conceptos jurídicos indeterminados, que es perfectamente revisable por los Tribunales de Justicia, de acuerdo con la STC 193/1987 . No se trata de elegir entre alternativas igualmente justas, aspecto propio de la discrecionalidad administrativa sino de determinar la alternativa realmente justa, teniendo en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad, y más en concreto sobre la base la materia que nos ocupa, los cursos directamente relacionados con el contenido de la plaza a que se circunscribe en el presente caso los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 23 de la Constitución

Aunque concomitante pero como categoría específica, que es la que concretamente nos interesa ahora, se encuentra la denominada discrecionalidad técnica, que surge cuando la Administración atribuye a un órgano de naturaleza técnica (no política)⁷ la capacidad de integrar los conceptos jurídicos indeterminados, como apreciar si un determinado trabajador se encuentra en situación de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez, un militar que padece determinadas secuelas causadas por unas lesiones debe ser retirado por inutilidad física o pasar a la reserva activa por pérdida de aptitudes psicofísicas, para lo cual deberá estarse, en principio, a las resultas de los dictámenes de los denominados órganos técnicos de calificación: tribunales médicos o de composición colegiada por profesionales técnicos cualificados en varias ramas del saber precisas para valorar la realidad (inspectores de trabajo, sociólogos, psicólogos, etc.), lo que, igualmente, ocurre con una comisión de selección, que otorga tal o cual puntuación, tras valorar unos conocimientos de los concurrentes a la prueba de acceso a la función pública, por ejemplo, con objeto de integrar los requisitos de mérito y capacidad (arts. 23 y 103 de la CE).

En estos supuestos, como nos dice la STS de 16 de Marzo de 2015 (Sala III) será admisible un control de los elementos de competencia, procedimiento y fin, de los hechos determinantes y de los principios generales del Derecho, incluida la debida

Española, de manera que tal discrecionalidad debe entenderse o circunscribirse, de acuerdo con la teoría de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados, a la libertad de criterio que ostentan los técnicos, profesionales o funcionarios llamados a valorar los méritos en los concursos, de forma que, tal y como señalábamos en la sentencia citada debemos de distinguir, los núcleos de certeza positiva, negativa y de incertidumbre, debiéndose tener en cuenta que ante conceptos jurídicos indeterminados y objetos de valoración propios de técnicos existirán tantos informes como intervinientes, si bien debe prevalecer, en caso del núcleo de certeza positiva y también en el de incertidumbre, debidamente ponderado, el criterio del técnico llamado a decidir, dicho ello dejando a salvo los criterios de control atribuidos a los Tribunales de Justicia referidos a la competencia, procedimiento, fin y hechos determinantes, y teniendo en cuenta la interdicción de la desviación de poder y de la arbitrariedad y la sumisión de la actuación administrativa a los principios generales del derecho.

Ahora bien, la Sala entra en el fondo del resultado obtenido en el Rollo 171/20 y dice que: “Considera la Sala, igualmente, que el Magistrado de instancia, que del examen de los certificados se extrae que refieren a funciones de fiscalización y contabilidad propias de la intervención que se extienden a todas las actividades sustantivas, incluidas todas las realizadas en ejecución y recaudación pero no son propiamente de este contenido sustantivo ... y todo ello, teniendo presente, como hemos dicho, que la certificación del funcionario puede ser sujeta a control jurisdiccional o la cuestión formal de la relación de los puestos de trabajo, ya que lo esencial es el contenido material y directo de las funciones desarrolladas”.

⁷ En caso de que decida el órgano político sobre la base del dictamen del político debe tenerse en cuenta su sujeción o no al dictamen y la motivación del acto que se impugne.

y adecuada motivación del órgano técnico, dando cumplimiento a las normas aleatorias exigibles y formales para emitir el dictamen, constituyendo la fase final de la evolución jurisprudencial, la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que pueda entenderse válidamente realizada, debiendo cumplir, cuando menos, estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga tal órgano técnico de valoración. Esta exigencia formal debe ir acompañada, además, de una racionalidad material en su decisión, como hemos dicho.

Las STC 353/93, 34/95, 73/98 ó 40790, entre otras, reconocen la legitimidad de esta técnica de actuación administrativa a través de órganos técnicos especializados, estableciendo una presunción de legalidad a su favor (como por otra parte se deriva de la legitimidad de la actuación administrativa a través de la autotutela).

Pero una vez llevada a cabo la impugnación judicial, corre de cargo de la Administración acreditar el correcto cumplimiento de la legalidad (normalmente a través del expediente administrativo con el que la Administración debe acreditar el debido cumplimiento de los requisitos formales y materiales de la decisión de la Administración, y es ahí donde debe constar, ya que no vale la motivación posterior o el cumplimiento de los requisitos formales más tarde, en debida compensación del ejercicio de la debida potestad de autotutela de la Administración) y cuya válida decisión solo se justifica en la razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de sus órganos técnicos, de manera que es admisible una impugnación para poner al descubierto el incumplimiento de tales elementos objetivos citados y a través de una prueba técnica que pueda dejar sin efecto tal dictamen.

Debe igualmente tenerse presente, como ya hemos dicho en numerosas sentencias, con relación a los defectos procedimentales e indefensión alegada, que resulta de aplicación la jurisprudencia, ya añeja (STS (Sala III) de 12.11.1990, Aranzadi 9169), que establece que en virtud del principio de economía procesal deben evitarse las declaraciones de nulidad, cuando con ello no se consiguiera un

efecto práctico, por ser racionalmente de prever que, retraídas las actuaciones al momento en que se cometió la infracción formal, el proceso iba a concluir con una resolución idéntica a la dictada, de manera que la indefensión o los defectos formales deben asociarse a su trascendencia en cuanto a vulneración de derechos sustantivos y procedimentales, despojándolos de toda consideración dogmática o ritualidad curialesca (STS, Sala III, de 16.11.1987 ó 02.06.1992).

Estos son los problemas comunes a que se enfrentan tanto los órganos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, como Social, en el enjuiciamiento de la discrecionalidad técnica, en los supuestos que hemos citado o en otros que, por diversa normativa o convenios colectivos, el acceso a la Administración pública del personal laboral debe enjuiciarse en sede Social de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad.

Por todo ello, se razona que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se comprometería si un acuerdo de la Administración, aún de esta naturaleza, no pudiese ser impugnado ante los tribunales o, dicho de otro modo, dejado sin efecto por los mismos, lo que nos llevaría a un concepto de Administración abandonado ya hace décadas, estando reservado tal excepción de jurisdicción solo para determinados actos políticos en la actual LJCA.

Es por dichos motivos que se afirma que los órganos técnicos de valoración de los conceptos jurídicos indeterminados gozan de la denominada discrecionalidad técnica por la imparcialidad de sus componentes, normalmente funcionarios públicos sujetos a causas de abstención y recusación, especialidad de sus miembros en los conocimientos particulares y especializados exigidos y su intervención inmediata y directa, lo que, en principio, los hace acreedores de un principio de presunción de acierto y legalidad en sus decisiones frente a las pruebas periciales de la parte obtenidas a su instancia.

De otra parte, normalmente, en materia técnica existen tantas opiniones cuantos técnicos intervienen y en este sentido, salvo vulneraciones de la legalidad a que hemos hecho mención, y especialmente a la exigencia de la debida y adecuada motivación, debe ser preferente la tesis del órgano encargado por la norma jurídica para su valoración.

Es decir, que en materia pericial puede haber tantos pareceres como peritos pero existe uno que es el llamado a valorar, que goza de la presunción de acierto y legalidad de que dispone la Administración en uso de su discrecionalidad técnica, que puede ser destruida por prueba en contrario a través de las pruebas judiciales en la determinación del concepto jurídico indeterminado, en el que, sin duda, por el estatus del médico forense, su dictamen puede ser objeto de una especial valoración por el juez, en el ejercicio de su sana crítica, que es como se valoran los informes periciales según el artículo 348 de la LEC de aplicación supletoria en ambos órdenes jurisdiccionales⁸.

4. LA TÉCNICA DE LA SUPPLICACIÓN

El recurso de suplicación tiene tres objetos y objetivos, conforme al artículo 193 de la LRJS. Estos son “Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento causantes de indefensión” –apartado a)-, “revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas” -apartado b)- o “examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia” –apartado c)-. Dicho precepto se complementa con el artículo 196 de la propia LRJS que en sus números 2 y 3 determina la forma de construir el recurso (sentencias del Tribunal Constitucional 258/2000 de 30 de octubre y 72/2002, de 8 de abril, citada esta última por la sentencia del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina de 25 de febrero de 2005),

Debe señalarse de un modo claro, que:

A) Si se solicita la nulidad de la sentencia recurrida (conforme al apartado a) del artículo 193 LJS de 10-10-11), por alegarse la existencia de una presunta infracción de una norma procesal causante de indefensión, se debe de señalar en ese caso, de un modo claro, preciso y concreto, cual sea la misma, razonar sobre la imposibilidad de otra solución procesal menos traumática, y detallar en qué

8 Disposiciones finales primera y cuarta de ambas leyes procesales.

consiste tal indefensión, exigencia ineludible para que pueda prosperar el motivo. La omisión del concreto cobijo procesal en que se ampara (el artículo 193, a, LRJS citado) no será obstáculo para dar contestación al motivo, siempre que sea entendible la finalidad perseguida en el mismo, de tal modo que esa omisión no produzca indefensión a las demás partes.

El art. 202.2 de la Ley de la Jurisdicción Social establece que, si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate.

Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial, los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal, lo que consideramos que constituye una manifestación de los principios de economía procesal, eficacia y eficiencia y colofón de una larga jurisprudencia que venía estableciendo que no se debían declarar nulidades ni retrotraer actuaciones cuando el defecto podía abordarse y subsanarse con todas las garantías.

B) Si lo que se pretende es la modificación de los hechos tenidos como probados, debe cumplirse entonces con las siguientes exigencias, sucintamente enumeradas:

1º) Se debe señalar con la debida precisión cual es el concreto hecho probado (o parte del mismo), que se pretende modificar por adición, eliminación o por sustitución de todo o de parte de su contenido, sin que sea posible pretender, con base en el apartado b) del artículo 193 LRJS, que se modifique la redacción de la Sentencia, más en concreto, su fundamentación jurídica.

2º) Que, según sea lo pretendido, se ofrezca de modo literal el texto que se propone introducir en su lugar, o bien el hecho o párrafo concreto que se pretende adicionar o eliminar.

3º) Que se cite de modo pormenorizado y claro cuál sea el concreto apoyo probatorio idóneo (documental o pericial), de los practicados y obrantes en autos, que considera que sirve de soporte a la modificación pretendida, sin que sea por tanto admisible ni una indicación genérica, ni la alusión a otros medios de prueba distintos de los aludidos (testifical o interrogatorio de las partes), ni tampoco el que, en su opinión, no existan medios de prueba de los que derive la conclusión fáctica judicial de la que disiente, a saber, la ausencia de prueba.

4º) Que esos documentos o pericias a los que se remite pongan de manifiesto de modo claro, evidente, directo, patente y contundente, sin que sea necesario tener que acudir para ello a conjeturas de clase alguna, ni a elucubraciones, suposiciones o argumentaciones añadidas, la equivocación sufrida en instancia, como la realidad de la revisión propuesta.

5º) Finalmente, pero no por ello menos importante, la revisión pretendida debe tener trascendencia resolutoria, es decir, incidir sobre la decisión que deba de adoptarse para dar solución al litigio, de tal modo que, si fuera intrascendente, no cabría su admisión. Lo que debe ir, generalmente, unido a la existencia de una consecuencia jurídica que esté explícitamente manifestada en el recurso, normalmente mediante un motivo de infracción del derecho, pues en otro caso sería el Tribunal el que debería aplicar de oficio la misma, lo que podría vulnerar el derecho de defensa de las demás partes. No obstante, como veremos más adelante, ello no se puede rechazar un motivo de revisión fáctica con el único argumento de su intrascendencia.

Por lo tanto, respecto al motivo de suplicación consistente en la revisión de los hechos tenidos como probados en la sentencia que se recurra, debe tenerse presente:

1) Que no cabe pretender introducir cuestiones fácticas nuevas, que no hayan sido discutidas hasta ese preciso momento en el procedimiento, en cuanto que las otras partes no habrían podido proponer, ni por tanto practicar, ningún medio de prueba respecto a ese extremo, con la consiguiente alteración del contorno litigioso y grave indefensión a su derecho.

2) Que se debe señalar en el motivo, con una absoluta claridad, cual sea el concreto hecho o hechos probados de los que se pretende obtener su modificación,

con detalle en su caso del particular párrafo que se quiere hacer objeto de la misma. Y si lo postulado es su eliminación o su sustitución por otro texto alternativo, debe entonces ser ofrecido en su redacción literal, al igual que si lo que se pretende es adicionar al relato de hechos probados un determinado texto nuevo y particular, o añadir un completo hecho probado, de tal modo que exista la necesaria claridad en la propuesta, y sean así posibles las alegaciones de contrario.

3) Debe igualmente indicarse de modo inexcusable y con el suficiente detalle, conforme se establece por el artículo 196,3 LRJS , el concreto documento obrante en los autos, o bien la pericia practicada contradictoriamente en el acto de juicio oral, que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte a la revisión fáctica pretendida en el motivo, al ser estos los únicos medios de prueba que permite el artículo 193,b) de la LRJS citada que pueden ser empleados para apoyar, en este particular trámite, una pretensión de revisión fáctica. De tal modo que, por ejemplo, no cabe una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos (STS de 11-7-96). Y no siendo tampoco válida, a efectos de este recurso, la prueba de interrogatorio de parte, ni tampoco la prueba testifical, con independencia ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el artículo 97,2 de la norma procesal citada, le pueda conferir el juzgador de instancia, pues no pierden su naturaleza probatoria propia por la mera circunstancia de que, de acuerdo con la exigencia del artículo 89,1 LRJS , se haya dejado constancia sucinta, aunque suficiente, del contenido de su práctica, en el Acta del juicio o grabación, pues no alcanzan por esa traslación material el valor de prueba documental, ni cabe tampoco poder referirse al contenido la propia Sentencia combatida, mucho menos a su argumentación jurídica, como soporte de la revisión de hechos pretendida.

4) Se tiene que tener en cuenta, en concreto respecto a la cita de documentos como apoyo de la propuesta de revisión, lo siguiente: a) Que deben de tener realmente tal cualidad los que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (artículo 299,1,1º LEC), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio (como obliga el artículo 89,1,c),1º de la Ley Procesal Social), no pierden por ello su concreta cualidad probatoria (STS de 16-5-90), no transformándose

por lo tanto en prueba documental; b) Ni tampoco cabe acogerse a meras fotocopias que no estén adveradas con su original, que no tienen, a estos efectos de Suplicación, esa naturaleza de documento (así, SSTs de 19-12-89 , 2-11-90 , 25-2-91 o 25-1-01 , entre otras); c) Además, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda ineluctablemente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTs de 19-7-85 o de 14-7-95); d) No cabe tampoco en principio, atribuirle dicha cualidad documental al texto de un Convenio Colectivo (artículo 82,3 ET), dada su naturaleza normativa, comprendido entre las fuentes de la relación laboral (artículo 3,1,b) ET), que los Tribunales deben de conocer o investigar de oficio (STS de 29-9-06); ni tampoco a la demanda, que a estos efectos, solamente sirve para la finalidad de poder acreditar su existencia, su contenido y la fecha de su presentación.

5) Dado el carácter de recurso extraordinario de la Suplicación, distinto de la Apelación (STC 18-10-93), no se puede pretender que se realice una nueva lectura, por parte del órgano judicial que lo tiene que resolver, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, de todo el material probatorio obrante, al no ser esa su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el artículo 97,2 LRJS vigente; ni, por tanto, tampoco cabe que sea este órgano judicial el que construya el recurso a la parte recurrente, pues ello iría en contra de su obligación esencial de imparcialidad, y vulneraría tanto el derecho a la defensa como a la contradicción de las demás partes personadas, con infracción del artículo 24,1 del texto constitucional (STS de 3-9-93).

6) Nos dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de febrero de 2003 , y viene manteniendo con reiteración la Sala de Extremadura que: "no se puede descartar un motivo de revisión fáctica por el mero hecho de que resulte intrascendente para el órgano jurisdiccional de suplicación, ya que tal juicio de intrascendencia podría no ser compartido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la hora de resolver en unificación de doctrina", y en concordancia con lo anterior nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2012, "cuando un motivo por error de hecho que haya quedado patentizado con prueba

idónea se rechaza en suplicación únicamente porque la Sala considera la revisión intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que esa revisión fáctica, cuyo contenido resulta incuestionable, se tenga en cuenta por esta Sala cuando considere que tiene la trascendencia que en suplicación se le había negado" (STS 28-6-2006 --rec. 428/05).

7) No cabe pretender que se introduzca, en el relato de hechos probados de una Sentencia, aspectos que son propiamente conclusiones jurídicas y no auténticas cuestiones de hecho, o bien que predeterminen el tenor del fallo a emitir posteriormente en la parte dispositiva de la sentencia.

En este sentido señala la STSJ de Extremadura 416/2019 de 9 de julio, en el fundamento de derecho primero:

"En el hecho probado segundo pretende el recurrente que la fecha que en él consta como de "antigüedad" sea la de 10 de octubre de 2012, sin que pueda accederse a ello, porque, en contra de lo que en el motivo se alega, siendo discutido tal concepto, no se trata de un hecho, sino de una cuestión jurídica cuyo su planteamiento en el recurso ha de hacerse no por el apartado b), sino por el c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social mediante el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia que se hayan cometido en la sentencia de instancia. Así, nos dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013, rec. 108/2012, 29 de abril de 2014, rec. 242/2013 y 16 de julio de 2015, rec. 180/2014 que "las calificaciones jurídicas no tienen cabida entre los hechos declarados probados, y de constar deben tenerse por no puestas, siendo la fundamentación jurídica su adecuada -y exclusiva- ubicación" y las de 8 de febrero de 2010, rec. 107/2009 y de 11 de noviembre del mismo año, rec. 153/2009 que "Un motivo de este tipo no puede usarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo".

Todo ello, teniendo en cuenta, que en la sentencia de instancia, en el apartado de hechos probados, deben hacerse constar, como literalmente se dice, los hechos, emanación o consecuencia de la prueba, razonándose en los fundamentos de derecho, en primer lugar, las fuentes de convicción que han llevado al juez a tales conclusiones, de acuerdo con la obligada motivación de las sentencias y la debida

explicitación de los elementos de convicción que exige el artículo 24 de la Constitución Española, debiéndose abordar también en los fundamentos de Derecho los razonamientos jurídicos y las conclusiones jurídicas y sin que sea admisible que se pretenda la adición en el apartado de hechos probados de aspectos que propiamente son consecuencias jurídicas que se deducen de los hechos.

No es correcto que en los hechos probados se contenga la literalidad del contenido de las pruebas practicadas por las partes sino lo que el juez ha considerado probado de ellas, que se deben motivar en concreto en los fundamentos de Derecho.

Este obligado contenido de la sentencia a recurrir es un lógico antecedente de los estrechos cauces por los que se mueve el recurso extraordinario de suplicación, y tiene por finalidad evitar colocar a las partes en una evidente posición de indefensión al momento de impugnar dicha sentencia. La declaración constitucional de que el juez de instancia es el juez de los hechos, es soberano al momento de valorar la prueba, ex artículo 97.2 de la LRJS, tiene como lógica correspondencia la necesaria pulcritud de aquél en el cumplimiento de la obligación de exponer los hechos que considera probados y motivar fácticamente la sentencia, por lo que la suficiencia del relato fáctico alcanza no solo a los hechos que el juez a quo considere necesarios para dictar su resolución sino a todos aquéllos que sean precisos para que el tribunal ad quem -que no puede alterar aquéllos, sino mediante el cauce procesal adecuado que los recurrentes le ofrezcan- tenga, en caso de recurso, los datos imprescindibles para poder resolver, con el debido conocimiento, la cuestión controvertida (STS 18 de septiembre de 2012, RCU 4184/2011 y la doctrina constitucional que en la misma se expone). No olvidemos que el artículo 97.2 de la LRJS no se limita a afirmar que el juez de instancia valorará los medios de prueba practicados y previstos procesalmente, sino que, de forma amplia, alude a “elementos de convicción”.

8) En consecuencia, tampoco cabe pretender una modificación fáctica con base en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con el simple argumento de señalar que, en la opinión del recurrente, no existe un soporte probatorio en las actuaciones que sea adecuado o suficiente para haber podido alcanzar la convicción judicial plasmada en los hechos que han sido declarados como probados en la sentencia recurrida, pues eso no es propio de

este motivo; ni tampoco alegando la existencia de incongruencia interna, o de contradicción interna de la sentencia. Pues ello, en su caso, son cuestiones que podrían plantearse, bajo otro cobijo procesal distinto, como comisión de una presunta infracción de carácter procesal causante de indefensión (artículo 193, a) LRJS), con la consecuencia entonces anudada de la anulación de la sentencia recurrida, para el caso de estimarse la comisión de dicha infracción procesal, pero nunca pretendiendo con base en ello alcanzar una modificación de los hechos que hayan sido declarados como probados.

9) Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición, o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas. De tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de una manera que sea contundente e ineluctable, tanto la nueva situación fáctica propuesta, como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia al alcanzar su propia convicción que se pretende revisar.

10) Finalmente, es de resaltar que no se puede pretender modificar la concreta redacción literal de un fundamento jurídico de la sentencia, acogiéndose para ello al apartado b) del artículo 193 LRJS, en cuanto que los razonamientos jurídicos se combaten, en su caso, acogiéndose a una denuncia de infracción normativa, basada en el apartado c) del citado precepto procesal, pero no estando permitida la mera modificación de la redacción del mismo.

C) Por último, si lo que se intenta es discutir el Derecho aplicado al fondo de la contienda, debe indicarse de modo preciso y claro el precepto o preceptos de la norma que se considera infringido, sea por inaplicación, por aplicación indebida, o por inadecuada interpretación del mismo, razonando adecuadamente sobre tal alegación (artículo 94,2 LRJS de 7-4-95 y los artículos 193,b) y 196,3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10-11, aplicable al caso, y de la que viene siendo la interpretación jurisprudencial pacífica de su precedente normativo (artículos 191,b) y 194,3 LPL de 7-4-95). Téngase en cuenta que un recurso en el que únicamente se interese la revisión fáctica está destinado al fracaso pues poco importa, en este supuesto, que los hechos queden redactados de una u otra forma si

no se cita la infracción de normas jurídicas o de la jurisprudencia que puedan revertir el sentido del fallo de la resolución que es adversa.

5. CONSECUENCIAS DE LO EXPUESTO EN LOS ÁMBITOS JUDICIALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL

Como hemos señalado al principio, mientras que en lo Contencioso-Administrativo es factible un recurso ordinario de apelación tras la decisión del Juez de lo Contencioso-administrativo, cabe un recurso extraordinario de suplicación ante la decisión del Juez de lo Social en estas materias de discrecionalidad técnica de la Administración, ya sea en el ámbito Administrativo o de la Seguridad Social para la determinación de incapacidades parcial o permanente, total, absoluta o gran invalidez de los funcionarios públicos o del personal laboral.

Si bien, en el recurso ordinario de apelación contencioso-administrativo previsto en la LJCA de 1998 (diferente del recurso extraordinario de apelación que se preveía en la LJCA de 1956), la decisión del Juez está sujeta a la crítica del recurrente, tanto de los hechos, que se pueden atacar a través de todos los medios de prueba, como del Derecho, debiéndose subrayar que la mejor técnica no es reiterar la demanda, como muchas veces sucede sino hacer una crítica de la sentencia, esto no es lo que sucede en el recurso de suplicación, como hemos expuesto, lo que supone, en principio, una trascendente diferencia.

No obstante, en materia de discrecionalidad técnica o de saberes técnicos cualificados es evidente que, realmente, las únicas formas de atacar con éxito la decisión de la Administración o del Juez, lo es a través de una prueba pericial o de las propias documentales que obran en el expediente administrativo, en que normalmente se recogen muchos informes médicos, que no nos engañemos, de forma habitual, ya han sido valorados por el EVI⁹, que los hace constar en su dictamen

9 El Equipo de Valoración de Incapacidades es de composición mixta, formado, cuando menos, por un facultativo y un inspector de trabajo, para conocer tanto el estado de salud como los requerimientos de los trabajos además de otras personas que se pueden añadir para resolver más adecuadamente. La Guía de Valoraciones del INSS es orientativa, ya que como se señala en su exposición de motivos, los requerimientos profesionales que se muestran para cada ocupación son requerimientos teóricos y tienen,

médico, o se han incorporado al proceso judicial, y, aun pasando por alto el principio *iura novit curia* o las facultades extraordinarias que se concede por los arts. 33.2 y 65. 2 de la LJCA, lo más adecuado y eficaz, en cualquier caso, es la mención, con especial cuidado y atención, de los preceptos supuestamente infringidos y de la jurisprudencia que se entiende vulnerada, motivos todos ellos, por los que entendemos que, en realidad, aunque pareciera existir una gran diferencia en las técnicas de control de la discrecionalidad técnica de la Administración, según corresponda la resolución del caso a la jurisdicción Contencioso-Administrativa o Social, el control de los tribunales de justicia de estas potestades, de las que legítimamente goza la administración, puede decirse, no solo que es eficaz, sino muy equiparada.

Mientras que en la apelación Contencioso-Administrativa, el juez desde el primer momento presta una especial atención al expediente administrativo y a lo actuado en el proceso, sin perjuicio también de tener presente lo que se dice en la sentencia de primera instancia, el magistrado de la Sala de lo Social, en el recurso de suplicación debe atender de una manera directa a la sentencia del Juez de lo Social y también como consecuencia de lo que acabamos de decir es que mientras que aunque en suplicación no deba de accederse a la nulidad de la sentencia en una tesis sustancialista, como ya hemos expuesto, por mandato del artículo 85.10 de la LJCA, en caso de que se hubiera declarado en primera instancia la concurrencia de una causa de inadmisibilidad, la Sala debe entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada.

Aunque en el orden jurisdiccional Social las exigencias formales del recurso de suplicación, que no permite valorar nuevamente la prueba practicada, que en este caso serían los informes médicos aportados, se ven compensadas, primero, con la facultad de dirección del proceso que se le atribuye al juez de lo social, que le permite soslayar los defectos en los que haya incurrido el demandante, que no precisa asistencia técnico-jurídica en esta fase, y en materia procesal, incluso, al momento de aclarar los hechos que se exponen en la demanda o de inclusión de

por tanto, un carácter orientativo para los diferentes profesionales que intervienen en la valoración de las incapacidades laborales.

alguno que sea de necesaria mención, tal y como se consigna en el artículo 85.1 de la LRJS, facultad que, del propio modo, se atribuye, en materia procedimental, al letrado de la Administración de Justicia, *ex* artículo 81 de la LRJS. Incluso, dada la importancia de la declaración fáctica de la sentencia que se dicte, obliga al Tribunal, en el acto de juicio, a que junto con las partes o sus defensores fijen los hechos sobre los que haya conformidad o disconformidad de los litigantes, artículo 85.6 de la LRJS, y, en fase de conclusiones, debe el órgano judicial, cuando las partes no lo hubieran hecho, requerir a los intervinientes, a que sin alterar de forma sustancial la demanda o la reconvencción en su caso formulada, para que de un modo preciso y concreto, analizando la prueba practicada, fijen de manera líquida las cantidades reclamadas, o les de plazo para que informen o den explicaciones sobre los particulares sobre los que no esté suficientemente ilustrado, conforme a los apartados 5 y 6 del artículo 87 de la LRJS. A ello le sigue la pulcritud que se exige al juez de lo social, al momento de confeccionar el relato de hechos probados y su obligada motivación, regulación que da paso y justifica la naturaleza del recurso que procede contra la sentencia que se dicte y la facultad del Tribunal *ad quem* para revisar la suficiencia de los hechos probados.

Alicia Cano Murillo
Sala de lo Social
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
a.cano@poderjudicial.es
<https://orcid.org/0000-0003-0638-5311>

Mercenario Villalba Lava
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
mercevillalba2009@hotmail.es
<https://orcid.org/0000-0002-0073-1490>