

## TRIBUNAL SUPREMO, SALA VI.—CUESTIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

### SUMARIO :

- I. *Prescripción de acciones en accidente de trabajo* : Interrupción del curso prescriptorio.—II. *Personal médico de la Seguridad Social* : Retribución por antigüedad. Cómputo de trienios.—III. *Prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo* : Congruencia de la sentencia con la pretensión del actor.—IV. *Prestaciones por invalidez* : Determinación del momento en que debe entenderse causada la invalidez permanente del trabajador.—V. *Comisiones técnicas calificadoras. Falta de reclamación previa* : Recuperación de inválidos absolutos.

### I

#### PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES EN ACCIDENTES DE TRABAJO

##### INTERRUPCIÓN DEL CURSO PRESCRIPTIVO

Sentencia de 27 de febrero de 1973, Ar./73, n. 870 :

1. Don Avelino S. P. sufrió, el 9 de septiembre de 1968, un accidente de trabajo que le causó la muerte. El empresario convino con la viuda del fallecido, doña Pilar N. N., abonarle 923 pesetas mensuales en razón a que los salarios por aquél declarados a efectos de cobertura de accidentes eran inferiores a los salarios reales, satisfaciendo esta suma hasta abril de 1971. El 4 de noviembre del mismo año doña Pilar N. N. presenta ante la Magistratura de Trabajo demanda en reclamación de la correspondiente pensión de viudedad, así como una indemnización a tanto alzado por importe de seis mensualidades del salario regulador de prestaciones, contra el empresario don Felipe L. O., la Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social, el Fondo de Garantía y Pensiones de Accidente de Trabajo y el Servicio de Reaseguro.

2. La Magistratura de Trabajo desestimó la demanda de la actora en base a la excepción de prescripción de la acción invocada por los demandados.

3. El Tribunal Supremo dicta sentencia estimando parcialmente el recurso interpuesto, en la que confirma, por una parte, el fallo del Tribunal de Magistratura, en el que se declaraba haber prescrito la acción reclamando la indemnización a tanto

alzado de seis mensualidades, partiendo de consideraciones meramente fácticas. Así, se dirá que si «el percance desgraciadamente mortal para el esposo de la recurrente «caeció... el 9 de septiembre de 1968, y de las actuaciones aparece que hasta el 4 de noviembre de 1971 no se dedujo la demanda mediante la que la viuda reclama la indemnización a tanto alzado...», debe estimarse prescrita la reclamación a tenor del artículo 54, 1, de la LSS «... modo extintivo no interrumpido ni por el reconocimiento del deudor, ni por la reclamación del beneficiario...».

En sentido contrario, se estima el recurso en lo que se refiere a la prescripción de la acción relativa a las correspondientes pensiones de viudedad en cuanto que consta la existencia de «convenio privado de pago complementario de la pensión (que) tuvo la causa en un mortal accidente de trabajo, fue pactado entre la viuda del accidentado y el empresario, y se originó como medio arbitrado entre aquella y éste para cumplir a posteriori las consecuencias de una cobertura insuficiente imputable al empresario». Convenio este que no priva de su naturaleza originaria de crédito de la viuda frente al empresario, de acuerdo con el artículo 95, 4 de la LSS. Concluyéndose, por fin, como «la exigibilidad del crédito pervive al no hallarse extinguido por prescripción, pues si el patrono satisfizo hasta abril de 1971 las 923 pesetas mensuales y a partir de tal mes dejó de satisfacerlas, es claro que el pago supone un acto de reconocimiento de su deuda por el empresario, y es un hecho interruptivo de la prescripción...».

4. La sentencia que comentamos plantea un supuesto del complejo fenómeno de la prescripción en el ámbito de las relaciones laborales (1) y, en concreto, en el de los accidentes de trabajo.

No es este el momento de hacer un análisis siquiera sumariamente de lo que sea la prescripción ni de toda la problemática surgida en torno a ella (2). Baste aquí recordar con De Castro cómo en nuestro ordenamiento positivo por prescripción extintiva debe entenderse, «aquél modo de extinguirse los derechos y las acciones por el mero no dar de ellos adecuadas señales de vida durante el plazo fijado por la ley».

Así pues, nos ceñiremos al estudio de esta institución en la normativa sobre accidentes de trabajo a la cual se refiere la sentencia objeto de estudio.

Ya desde la propia ley de Accidentes de 20 de enero de 1900 se regula la prescripción en este ámbito. Será esta la primera vez que una norma laboral recoja esta institución, apartándose del ordenamiento común. El artículo 15 de dicha ley establecía que «las acciones para reclamar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley prescriben al cumplir un año de la fecha del accidente».

(1) Vid. por todos F. SUÁREZ GONZÁLEZ: «La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo», en RFS, núm. 85, 1970, págs. 73 a 93.

(2) Vid., entre otros, I. DÍEZ PICAZO: *La prescripción en el Código civil*, Barcelona (Bosch), 1964. F. DE CASTRO: *Temas de Derecho civil*, Madrid (Marisal), 1972, págs. 145 y sigs. En la doctrina extranjera, por todos, J. CARBONNIER: «Notes sur la prescription extinctive», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo I, 1952, págs. 171 y sigs. S. ROMANO: *Fragments de un diccionario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires (EJEA), 1964, páginas 131 y sigs. F. SANTORO PASSARELLI: *Doctrinas generales del Derecho civil*, traducción esp., Madrid (Rev. Der. Priv.), 1964, págs. 135 y sigs., etc.

No obstante, no será hasta el Decreto-ley de 20 de enero de 1950, dictado específicamente a dicho efecto, cuando nuestra legislación de accidentes amplíe el plazo de prescripción a tres años (3), probablemente con objeto de unificar este plazo en toda la normativa laboral.

El régimen jurídico vigente de la prescripción en este ámbito viene establecido básicamente por el artículo 54 de la LSS en relación con el 52 de la LAT y 186 y 187 de su Reglamento.

A la luz de estos preceptos se puede afirmar resumidamente como:

a) El plazo prescriptorio de las prestaciones en materia de accidentes al igual que el de las restantes prestaciones previstas por la LSS es de tres años: «el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los tres años...» (art. 54).

b) El cómputo de dicho plazo se iniciará «desde el día siguiente al que tenga lugar el hecho causante» (art. 54). En el supuesto que comentamos, desde el día del fallecimiento del trabajador.

c) El ordenamiento laboral (en los preceptos citados) se remite a los artículos correspondientes del Código civil a la hora de regular las interrupciones al «cursus» prescriptorio. En dicho cuerpo legal se prevén tres tipos de interrupción: «... por ejercicio (de las acciones) ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor» (art. 1.973).

4.1. A partir de dicha tipificación, procede considerar los efectos que a este respecto pueden derivarse del convenio a que se refiere la sentencia que comentamos. En efecto, se trata de ver si el convenio celebrado entre las partes, esposa del fallecido y empleador, y como forma de reconocimiento de deuda por el deudor en el supuesto contemplado, interrumpe o no la prescripción.

Dejando a un lado el problema de la validez o no de dicho convenio en virtud del juego del principio de irrenunciabilidad de este ámbito (4) es preciso señalar cómo, desde luego, dicho convenio implica un reconocimiento de deuda por parte del empleador (5), puesto que estamos ante un supuesto de cobertura insuficiente —previsto en el art. 92, 5, de la LSS— en el que la cotización «... surtirá efectos por la cuantía efectivamente ingresada, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que corresponda»; y dicha responsabilidad alcanzará a «la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la Seguridad

(3) El Código de Trabajo de 1928 (art. 170) y el texto refundido de accidentes de 8 de octubre de 1933 (arts. 62 y 817 de su Reglamento), mantienen el plazo prescriptorio en un año.

(4) Vid. L. B. DE LA VILLA: «El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales», en RPS, núm. 85, 1970, págs. 7 y sigs., en especial págs. 50 y sigs.

(5) Máxime dada la amplitud y flexibilidad con que la doctrina viene tradicionalmente interpretando la noción de «reconocimiento de deuda». Vid., por todos, L. Díez-Picazo: Ob. cit., págs. 131 y sigs.

Social, por las cuotas efectivamente ingresadas» (art. 94, 2 c) de la LSS), a cuyo efecto «el empresario constituirá en la misma (entidad gestora correspondiente) o, en su caso, en el correspondiente servicio común de la Seguridad Social, el capital necesario para que se proceda con él al abono de las mencionadas prestaciones» (art. 95, 1, 4.º). De esta forma, al abonar a la actora las 923 pesetas estaba reconociendo su responsabilidad crediticia y esquivando su obligación de constituir el capital de que habla la ley.

Por otra parte, esta cuestión ha sido afrontada por la jurisprudencia desde antiguo al enjuiciar supuestos y convenios análogos (curiosamente de infrecuente conocimiento por la jurisprudencia actual). Así, la sentencia de 21 de abril de 1927 (6) negaría que la entrega de una cantidad por el patrono a la demandante como consecuencia del accidente constituyese una mera liberalidad; «es cierto que ese acto envuelve un reconocimiento de su obligación como responsable del accidente», interrumpiendo, por tanto, la prescripción. O, más concretamente, se diría en la sentencia de 21 de noviembre de 1939 (Ar./1939, n. 377); que «del convenio que suscribieron patrono y obrero, o sea, deudor y acreedor, resulta expresamente reconocido y declarado que el plazo de seis meses que señalan para intentar la reeducación del obrero en su trabajo en modo alguno puede entenderse en el sentido de que transcurrido un año del accidente prescribió la acción para reclamar...».

4.2. La afirmación del carácter interruptorio de la prescripción del derecho a la pensión calculada sobre la base reguladora y que legalmente correspondiese, no agota, sin embargo, los problemas planteados por la presente sentencia.

Cabe, pues, plantearse hasta qué punto el convenio que estamos considerando tiene valor interruptorio de la prescripción del derecho que corresponde a la viuda del trabajador muerto en accidente a una indemnización a tanto alzado.

Curiosamente, el Tribunal Supremo parece olvidar su cometido al tratar este punto, y simplemente señala que al no haber deducido la recurrente demanda en reclamación de la indemnización con anterioridad al 4 de noviembre de 1971, su acción ha prescrito, «modo extintivo no interrumpido ni por el reconocimiento del deudor, ni por la reclamación del beneficiario».

De esta forma, sólo se ha enjuiciado como modo interruptorio de la prescripción el ejercicio de la acción ante los Tribunales. Sin embargo, no se fundamenta el por qué no ha habido reconocimiento de deuda por parte del empresario a efectos de la indemnización a tanto alzado cuando su conducta ha sido estimada como de reconocimiento de deuda en el supuesto de la pensión de viudedad.

¿Interrumpe el convenio celebrado entre la viuda y el empresario el derecho a la reclamación de la indemnización a tanto alzado?

De acuerdo con el artículo 64 de la LSS la viuda del fallecido en accidente de trabajo tiene derecho, además de a las correspondientes prestaciones por muerte, a una indemnización a tanto alzado cuya cuantía «será igual al importe de seis mensualidades de la base reguladora» (art. 29, 1, del RGP), que «se determinará, en todos

(6) En RODRÍGUEZ NAVARRO: *La doctrina laboral del Tribunal Supremo*, Madrid (Aguilar), 1954, tomo I, pág. 1711.

los casos, sobre las retribuciones efectivamente percibidas» (7), cuando la cotización se efectúe sobre tales retribuciones (art. 9.º d) del RGP).

Veámos antes cómo existía cobertura insuficiente del riesgo de accidente de la que era responsable el empresario. Pues bien, este defecto de cotización que repercutía en la pensión de viudedad, afecta también directamente al cálculo de la indemnización del artículo 64 de la LSS, por lo que el convenio de las partes, como reconocimiento de deuda, podría interrumpir el curso prescriptorio de la acción de reclamación de dicha prescripción.

Cabría, sin embargo, estimar a este respecto que la viuda debió ejercitar su acción reclamando dentro del plazo la referida indemnización calculada sobre el salario regulador defectuoso y que conservaría el derecho a demandar la diferencia que resultara a su favor de acuerdo con la base reguladora correcta, diferencia de la que parece responsable, según hemos visto anteriormente, el propio empleador. (D. C. S.)

II

PERSONAL MEDICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: RETRIBUCION POR ANTIGÜEDAD

CÓMPUTO DE TRIENIOS

Sentencia de 2 de febrero de 1973, Ar./73, n. 576:

1. Cierta laconismo que, con grave perjuicio para el análisis jurisprudencial, viene produciéndose en algunas de las transcripciones del repertorio citado en el encabezamiento de este comentario, hace ininteligible el supuesto de hecho en que se basa la sentencia de referencia y la priva, por tanto, de su necesario soporte fáctico de comprensión. Para un adecuado conocimiento de los hechos hay que acudir al repertorio *Jurisprudencia Social* (J. S., núm. 57, Rfa. 9/73, Tribunal Supremo), en el que se contiene una sucinta, pero suficiente, exposición de los mismos.

El actor ante Magistratura fue nombrado médico especialista del Seguro Obligatorio de Enfermedad en octubre de 1956. El 31 de julio de 1957 renuncia a la plaza de nombramiento y pasa a otra ciudad como médico de familia (medicina general), con carácter provisional, del citado Seguro hasta noviembre de 1963, en que es, otra vez, nombrado en propiedad. El Instituto Nacional de Previsión sólo le computa trienios a partir de este último nombramiento definitivo.

2. Presentada demanda ante Magistratura, ésta dicta sentencia en la que estima parcialmente dicha demanda, computando los trienios desde 1 de enero de 1957 y condenando al Instituto Nacional de Previsión al abono de las correspondientes diferencias.

(7) Sobre este punto, vid. M. ALONSO OLEA: «La responsabilidad por accidente de trabajo», en *RISS*, núm. 1, 1967, pág. 29.

3. Por el Instituto Nacional de Previsión se interpone recurso de casación, amparado en el número 1 del artículo 167 de la ley de Procedimiento laboral, denunciando en la sentencia recurrida violación de la norma 12 de las Ordenes de 28 de febrero y de 30 de diciembre de 1969, así como de la norma 25 de la Orden de 11 de abril de 1969 y reiterada doctrina legal. La Sala VI del Tribunal Supremo estima el recurso.

La sentencia del Tribunal Supremo define en su primer considerando la cuestión básica del litigio como «la realtiva a si los servicios prestados por los médicos de la Seguridad Social, después de obtener un nombramiento en propiedad, deben contarse a efectos de antigüedad y abono de trienios, aunque se haya roto la relación laboral para comenzar de nuevo pasado un lapso de tiempo —que en el presente caso fueron casi seis años— siempre que el nuevo ingreso en el servicio activo se haya hecho con carácter provisional, interino o eventual, convirtiéndose más tarde en definitivo». Determinada así la materia objeto de debate, los considerandos segundo y cuarto —el tercero se limita a señalar como «innocuo» el tercer motivo de recurso alegando, por la recurrente, violación de un precepto (el párrafo segundo de la norma 25 de la Orden de 28 de febrero de 1967, en la redacción dada al mismo por la de 11 de abril de 1969) derogado por la Orden de 30 de diciembre— constituyen la argumentación en la que se fundamenta el fallo estimativo.

En estos considerandos se contiene:

- Una reproducción del tenor literal de las disposiciones que se denunciaban como violadas por la recurrente (la norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1967 y el inciso primero del artículo 1.º de la Orden de 30 de diciembre de 1969), que, para la Sala, «establecen expresamente» «el que los servicios provisionales, interinos o eventuales no se cuentan» a efectos de antigüedad.

— Un reconocimiento de la violación invocada también por la recurrente, de la doctrina legal sentada por la Sala «en sus sentencias de 10 de octubre de 1970, 3 de marzo de 1971 y 8 y 12 de febrero de 1972 (a las que podrían agregarse, entre otras, las de 13 de junio y 3 de noviembre de este mismo año)», señalando el carácter reiterado y constante de esa jurisprudencia en exigir el nombramiento definitivo y servicios en propiedad... «en razón al sentido claro y terminante de las disposiciones legales sobre la materia, sin que tal criterio legislativo pueda ser modificado por la jurisdicción por consideraciones puramente filosóficas o equitativas».

4. La exposición de la línea argumental de la sentencia que se ha realizado en el punto anterior evidencia su carácter reiterativo de una dirección jurisprudencial ya consolidada.

Su elección para este comentario no obedece, por tanto, a razones de novedad interpretativa, sino al posible interés de examinar, desde una perspectiva obligada por la sistematización cronológica, la evolución de un tema —quizá poco atractivo—, pero de cierta importancia práctica y que ha merecido ya un extenso tratamiento

jurisprudencial. El premio de antigüedad del personal médico de la Seguridad Social surgió dentro de la reorganización general del sistema de retribuciones de este personal que se produjo después de la ley de 21 de abril de 1966. En 1969, cierta inestabilidad normativa coincidente con el primer pronunciamiento jurisprudencial en la materia, comienza a perfilar el premio de antigüedad como un tema problemático.

Este carácter problemático ha afectado fundamentalmente a dos cuestiones básicas:

1.<sup>ª</sup> *El problema de la determinación de la fecha inicial para el cómputo de la antigüedad.*— Se trata de una cuestión que debe considerarse cerrada por la plena coincidencia entre el criterio jurisprudencial y la evolución normativa. Su examen tiene, sin embargo, el interés de ilustrar sobre la formación de esa síntesis.

a) *El planteamiento del problema interpretativo: la regulación contenida en la Orden de 28 de febrero de 1967.*—La norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1967, estableció que determinados médicos generales y especialistas de la Seguridad Social que... «estén en posesión del nombramiento definitivo disfrutarán de un premio de antigüedad consistente en el 10 por 100 de los haberes básicos cada tres años de servicios contados a partir del 1 de enero del año siguiente a aquél en que entraron en posesión del nombramiento definitivo». La norma 25 de dicha Orden reguló la forma de determinación de la cuantía del premio, y la norma 32 —encuadrada sistemáticamente en las disposiciones finales de la Orden de 28 de febrero de 1967— dispuso que: «En 1 de enero de 1967 se acreditará el primer premio de antigüedad al personal médico afectado a que se refiere el artículo 12 de las presentes normas».

La relación entre las normas 12 y 32 pudo plantear la disyuntiva de si el premio de antigüedad comenzaba a abonarse en 1 de enero de 1967, pero en la cuantía que resultara de computar la totalidad del tiempo de servicios prestados desde el nombramiento definitivo o si, por el contrario, la dicción estricta de la norma 32 —En 1 de enero de 1967 se acreditará el primer premio...— implicaba —dada su especial posición como disposición final en orden a la determinación de la vigencia temporal— que en dicha fecha sólo podía acreditarse un solo trienio, aunque la antigüedad real fuese superior.

b) *La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 23 de abril de 1969 y la Orden de 11 de abril de 1969.*—Ante un recurso de suplicación deducido en base a una sentencia de Magistratura de Trabajo que acogió la tesis del trienio único en 1 de enero de 1967, el Tribunal Central de Trabajo se pronunció en su sentencia de 23 de abril de 1969 por el cómputo extensivo en base a que:

«Siendo la razón del mismo la antigüedad, su verdadero sentido ha de ser el que produzca el efecto de considerar a cada empleado el premio con relación a la mayor o menor antigüedad que ostente, y como, por otra parte, el primer premio debe acreditarse desde el 1 de enero de 1967, sin limitación alguna que afecte a su cuantía, ésta debe ser la que se señala en el artículo 12, o sea, el 10 por 100 del sueldo cada tres años a partir de la posesión del nombramiento, es decir, que interpretando ambos preceptos además en los términos del artículo 1.285 del Código civil, del con-

junto de ambas normas resulta que se establece un premio de antigüedad en la cuantía del artículo 12, y que tal premio sólo puede acreditarse por primera vez en 1 de enero de 1967, pero la cuantía del mismo debe ser la que establece el citado artículo 12, y siendo lógica además, tal interpretación, porque el premio es natural que se adapte a la antigüedad de cada uno y no que iguale las antigüedades con perjuicio para los que posean la mayor, siendo además esta interpretación adaptable al artículo 1.287 del Código civil.»

Sin embargo, tres días después de la fecha de esta sentencia, el *Boletín Oficial del Estado* de 26 de abril de 1969, publicaba la Orden del Ministerio de Trabajo de 11 de abril de 1969 que, al dar nueva redacción a la norma 25 de la Orden de 28 de febrero de 1967, añadió un nuevo número 2 a dicha norma según el cual:

«Al personal médico que acredite llevar actuando seis o más años en propiedad al servicio de la Seguridad Social antes de 1 de enero de 1967, el premio de constancia ya acreditado se elevará, a partir de 1 de enero de 1969, al 15 por 100 de los honorarios base que sirvieron para justificarlo. De igual forma y desde la misma fecha se elevará el 20 por 100 de los honorarios base cuando el facultativo acredite llevar actuando nueve o más años en propiedad al servicio de la Seguridad Social.»

Este precepto, al introducir una diversificación en las cuantías del premio en función de los años de servicios prestados con anterioridad a 1 de enero de 1967, ratificaba totalmente la tesis del trienio único frente al criterio extensivo mantenido por el Tribunal Central de Trabajo en la sentencia citada. Se producía, de esta forma, por vía indirecta, una dualidad de interpretaciones en la que necesariamente la «auténtica» debía de prevalecer sobre la «usual».

c) *La armonización, por vía aclaratoria, de la Orden de 30 de diciembre de 1969.* Según De Castro, la interpretación «auténtica» puede «poner coto a la práctica equivocada o indeseable de los Tribunales o simplemente estrechar el ámbito dejado al intérprete y que se ha revelado excesivamente peligroso» (8). La Orden de 11 de abril de 1969 no era intencional (véase el juego de las fechas antes indicado), ni técnicamente una disposición interpretativa, pero funcionalmente fueron interpretativos sus efectos y ello creaba una situación jurídica muy peculiar especialmente si se tienen en cuenta las reglas de aplicabilidad en los supuesto de sucesión de normas laborales (9). Quizá, como señala con agudeza Villar Palasí, precisamente en su estudio sobre las disposiciones aclaratorias, «el problema es singularmente embarazoso porque la íntima finalidad de la técnica jurídica no siempre se deja desvelar» (10). A la

(8) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, tomo I. Parte General, Madrid, 1955.

(9) Cfr. MANUEL ALONSO OLEA: *La aplicación del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1970.

(10) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ: *Mito y realidad de las disposiciones aclaratorias*, Madrid, 1965.



conveniencia de deshacer esa embarazosa ambigüedad responde, con destacable oportunidad y lucidez de criterio, la Orden de 30 de diciembre de 1969 que, con el propósito formal de interpretar y concordar las de 28 de febrero de 1967 y 11 de abril de 1969, realizó una auténtica innovación normativa para volver a la tesis sentada por el Tribunal Central de Trabajo. En efecto, la Orden de 30 de diciembre de 1969 declara terminantemente en el primer inciso de su artículo 1.º que «a los efectos del devengo del premio de antigüedad a que se refiere la norma 32 de la Orden ministerial de 28 de febrero de 1967, se tomarán en consideración los trienios que haya cumplido en servicio activo en la Seguridad Social el personal médico a que se refiere la norma 12 de la misma Orden desde el día primero del año siguiente a aquél en que hubiera obtenido su nombramiento definitivo hasta el 31 de diciembre de 1966» y en su artículo 2.º modifica la norma 25 suprimiendo el número 2 añadido por la Orden de 11 de abril de 1969.

Se lograba así un equilibrio, cuyas consecuencias *ex tunc* quedan de manifiesto en la sentencia de la Sala VI del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1970 (Aranzadi 1970, núm. 4.266), que en su único considerando señalaba:

«Que fechada la sentencia recurrida en 11 de diciembre de 1969, o sea, en pleno vigor de la Orden de 11 de abril del mismo año, aplicó conforme a ella la norma 25 de la de 28 de febrero de 1967, sobre retribuciones de los médicos de la Seguridad Social, con la modificación sustancial del número 2.º intercalado en la norma original de la Orden primitiva de 28 de febrero de 1967 sobre el cómputo de trienios del premio de antigüedad; pero, con posterioridad a dicha sentencia se ha publicado la Orden de 3 de diciembre de 1969, "para unificar criterios y aclarar dudas --según su enunciado--, sobre la aplicación de las Ordenes de referencia de 28 de febrero de 1967 y 11 de abril de 1969" sobre sistemas de pago de dichos médicos, suprimiendo expresamente el número 2 de la norma 25 que había sido adicionado al texto primero y que variaba la forma de computar los trienios, y, por consiguiente, en razón a que las leyes aclaratorias se consideran dictadas en la fecha de la aclaración salvo que dispongan lo contrario, se ha de entender que los trienios se computan a partir del 1 de enero del año siguiente a aquél en que entró el actor en posesión del nombramiento definitivo, o sea, en el caso debatido en 1 de enero de 1955, determinándose la cuantía en la forma establecida en el número 1 de la referida norma, por lo que se ha de casar la sentencia de instancia por este primer motivo.»

2.ª *Carácter de los servicios a computar en la "maduración" del trienio.*—De iniciación procesal más tardía, la segunda cuestión planteada en torno al premio de antigüedad conserva plenamente su actualidad. García-Trevijano (11) ha precisado, al tratar del régimen jurídico de los trienios en la función pública, la distinción entre el des-

(11) JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, volumen 2.º, Madrid, 1970.

empeño de la plaza en propiedad (*condición para cobrar trienios*) y los años de servicio que sirven para *madurar* el trienio (*condición para consolidar*). Sólo se cobra cuando se es titular de una plaza en propiedad, pero puede cobrarse en una cuantía que tenga en cuenta determinados servicios prestados en interinidad. «Así, por ejemplo —continúa García-Trevijano— un funcionario profesional comienza a cobrar desde que se empiezan a prestar los servicios como tal (*condición para cobrar*), pero puede ser que los años servidos lo hayan sido como interino en idéntica función (*condición para consolidar*). Si el interino no se transforma en profesional no tiene derecho a cobrarlos; lo mismo sucede con los aspirantes; pero una vez en el cargo en propiedad se despliegan todos los efectos» (12). Sin embargo, estos conceptos no presentan siempre la necesaria claridad (13). El tema tiene, por tanto, un acusado carácter contingente, en cuanto que la atribución de la cualidad «maduradora» no parece derivarse necesariamente de un principio plenamente elaborado con carácter general, sino de determinadas —y, a veces, poco precisas— coyunturas normativas. De ahí, la posible sensación de incertidumbre que inevitablemente surge del examen de la actual regulación normativa y de las interpretaciones para la aplicación de la misma.

a) *La situación normativa.*—Según la norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1967, los trienios se devengan «cada tres años de servicios contados a partir del 1 de enero del año siguiente a aquél en que entraron (los facultativos) en posesión del nombramiento definitivo». Por su parte, el artículo 1.º de la Orden de 30 de diciembre de 1969 precisa que «se tomarán en consideración los trienios que haya cumplido en servicio activo en la Seguridad Social el personal médico a que se refiere la norma 12 ... desde el día primero del año siguiente a aquél en que hubiera obtenido el nombramiento definitivo...».

En un examen de estos preceptos se observa que si bien en los mismos aparece determinada la fecha inicial del cómputo a efectos del reconocimiento, no ocurre lo mismo con el carácter de los servicios a computar. La fecha a partir de la que se

(12) J. A. GARCÍA-TREVIJANO: obra citada.

(13) ... Ni siquiera en la propia función pública. GARCÍA-TREVIJANO se basa para atribuir —con el necesario relativismo— cualidades «maduradoras» al tiempo de interinidad en la doctrina legal sentada por la Sala V del Tribunal Supremo en relación con la ley 91/1959, de 23 de diciembre. Esta doctrina fue alegada en una casación en materia de trienios del personal médico de la Seguridad Social y la Sala VI estimó que las resoluciones ... de la Sala de lo Contencioso-administrativo V, de este Alto Tribunal, de fechas 25 de noviembre de 1966, 1 de julio y 5 de diciembre de 1967, 26 de febrero de 1968, 28 de mayo de 1969 y 29 de mayo de 1970 no eran alegables, ya que la doctrina sentada en las mismas no puede ser aplicada en la resolución del conflicto originador del presente proceso por no referirse en modo alguno ni a las Ordenes ministeriales que el magistrado sentenciador aplicó ni tampoco a supuestos de hechos iguales a los de autos, sino a los que atañen a ciertos funcionarios públicos y que precisamente constituyen, por concurrir circunstancias derivadas de actos propios de la Administración, excepciones al principio general de no ser computables los servicios interinos a efectos de trienios, que la propia Sala tiene establecido y así en sentencias, entre otras, de 30 de octubre, 10 de noviembre y dos más de 24 del mismo mes, todas del año 1969. (Cfr. considerando cuarto de la sentencia de 3 de marzo de 1971. Ref. Ar. 1971/1.016.)

«cuente» es, en principio, un puro término temporal que no califica necesariamente la naturaleza de los servicios prestados — «en propiedad», internos o eventuales — para los que únicamente exige el artículo 1.º de la Orden de 30 de diciembre de 1969 que se hayan prestado efectivamente, es decir, que se trate de «servicios» en activo. Sin embargo, la forma de determinación de la fecha de iniciación del cómputo — que debería ser sólo una fecha para acreditar el devengo — en el sentido de hacerla coincidir con la de nombramiento definitivo introduce cierta oscuridad lógica en el texto legal, pues la caracterización de ese término temporal puede «atraer» a su calificación jurídica los servicios a computar, convirtiéndolos no sólo en *efectivos*, sino también en *definitivos*.

De esta situación normativa, en la que la fecha del cómputo pierde su neutralidad temporal para adquirir una proyección calificadora de la «maduración», pueden derivarse varias interpretaciones:

· Los trienios comienzan a computarse desde el nombramiento definitivo, pero incluyendo en el cómputo la totalidad de los servicios prestados en activo anteriores o posteriores a dicha fecha, aunque se hubiesen prestado como interino o eventuales. Tesis acogida por alguna Magistratura y oportunamente revocada por los Tribunales superiores.

· Los trienios sólo se computan a partir de la fecha de nombramiento definitivo, pero después de esta fecha se integran en el cómputo todos los servicios prestados, sean definitivos o no. Tesis del Tribunal Central de Trabajo.

· Para formar trienios sólo pueden computarse servicios prestados con carácter definitivo. Los períodos de interinidad que pueden producirse después de un nombramiento definitivo — por determinadas incidencias de la relación laboral: el paso de médico general en propiedad a especialista provisional es el ejemplo típico — no deben ser objeto de cómputo. Tesis del Tribunal Supremo.

Veamos, ahora, cómo se han concretado estas dos últimas tendencias interpretativas:

b) *La doctrina de la Sala VI del Tribunal Supremo.* Las sentencias de la Sala VI del Tribunal Supremo sobre el tema pueden dividirse en dos grupos: 1) Las que se limitan a excluir del cómputo los servicios prestados con anterioridad al nombramiento definitivo; y 2) Las que excluyen también los servicios interinos prestados con posterioridad a dicho nombramiento. Debe aclararse que no se trata de dos direcciones interpretativas contradictorias, sino de alcances distintos de la interpretación en base a las formulaciones de los pedimentos.

Prescindiendo de la sentencia de 10 de octubre de 1970 (Ref. Ar. 1970, n. 4.266) ya citada y que se refiere a la determinación de la fecha inicial del cómputo, la sentencia de 3 de marzo de 1971 (Ref. Ar. 1971, n. 1.016) es la primera manifestación jurisprudencial de la Sala sobre el carácter de los servicios a computar en la formación del trienio y se inscribe en el primer grupo de los señalados al pronunciarse exclusi-

vamente, después de rechazar una amplia gama de motivos formulados por la recurrente (violación de los artículos 3.º y 9.º de la ley de Contratos de trabajo, del número 1 del artículo 7.º de la ley Orgánica del poder judicial, de la doctrina de la Sala V de lo Contencioso-administrativo sobre determinación de trienios en la función pública y del principio «pro operatio»), sobre la improcedencia del cómputo de los períodos de interinidad anteriores al nombramiento, basándose en «la clara redacción de la norma en cuanto exige para que se empiece a computar el tiempo que da lugar al premio el hallarse en posesión del nombramiento definitivo». En este mismo sentido se manifiestan las sentencias de la Sala de 11 de febrero de 1972 (Rfa. Ar. 1972, número 506), 2 de marzo de 1972 (Rfa. Ar. 1972, núm. 1.013), de 5 de julio de 1972 (Rfa. Ar. 1972, núm. 3.727) y 29 de octubre de 1972 (Rfa. Ar. 1972, núm. 4.202), basadas en la misma consideración de los preceptos aplicables que según la de 2 de marzo de 1972, «son de tal claridad y contundencia cuando disponen que la fecha inicial del cómputo del tiempo para la percepción del premio de antigüedad sea la de 1.º de enero siguiente a la fecha en que los titulares toman posesión de sus cargos con nombramiento definitivo, que no hay posibilidad alguna de que por vía interpretativa se pueda llegar a solución distinta a aquélla que viene impuesta por la literalidad de la norma legal...».

El segundo grupo de sentencias - cómputo exclusivo de los servicios definitivos, sin integrar los posibles períodos de interinidad prestados con posterioridad a un nombramiento en propiedad - se inicia con la sentencia de 8 de febrero de 1972 (Rfa. Ar. 1972, núm. 487). El recurrente solicitaba que se le computaran, «a efectos de premio de antigüedad todos los servicios prestados desde que en 14 de julio de 1947 fue nombrado con carácter definitivo facultativo de medicina general, sin descontar el tiempo comprendido entre el 31 de marzo de 1948 y el 13 de junio de 1954, período en el que, por propia voluntad, dejó de prestar servicios de medicina general para prestarlos como analista y más tarde otra vez como médico general, con carácter provisional, hasta que en la fecha últimamente citada pudo ser nuevamente designado con carácter definitivo». La Sala desestima este *petitum* razonando en el considerando segundo «la imposibilidad de computación de los servicios que no sean prestados por virtud de nombramiento definitivo», en base a que:

«... lo mismo la norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1967 que el artículo 1.º de la Orden de 30 de diciembre, establecen como fecha inicial del cómputo de trienios para la percepción del premio de antigüedad por los médicos que prestan sus servicios profesionales a la Seguridad Social (antes Seguro Obligatorio de Enfermedad), la de 1 de enero siguiente a la fecha en que tomen posesión de su cargo con «nombramiento definitivo», con lo que queda expresamente excluido del cómputo el tiempo de servicio prestado provisional o interinamente; preceptos tan claros que su interpretación y aplicación no pueden ofrecer ninguna duda ni da base para que fuese permitida una interpretación amplia como se pretende, ya que la letra del precepto es concreta y precisa, y así ha sido ya entendido por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 10 de octubre de 1970

y 3 de marzo de 1971... sin que aparezca la posibilidad de computar servicios temporales interinos o provisionales que están claramente excluidos por el legislador a los efectos del premio de antigüedad y sin que tal criterio pueda sufrir modificación por consideraciones puramente filosóficas, sociológicas o finalistas.»

En sentido idéntico se pronuncia la sentencia de 13 de junio de 1972 (Rfa. Ar. 1972, número 2.984). El recurrente había sido nombrado con *carácter definitivo* el 31 de julio de 1947 médico de medicina general del Seguro Obligatorio de Enfermedad. El 1 de enero de 1948 dejó este cargo para desempeñar *provisionalmente*, el de especialista de traumatología, para el que fue nombrado con *carácter definitivo* el 12 de septiembre de 1952. El Tribunal Supremo realiza el cómputo de los trienios desde la fecha del primer nombramiento definitivo, en base a la clara redacción de la norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1967 «en cuanto exige que para que se empiece a computar el tiempo que dé lugar al premio por trienios se halle el facultativo en posesión del nombramiento definitivo...». Tampoco aprecia la Sala la violación —alegada por el médico recurrente— de los artículos 36 (irrenunciabilidad de los derechos laborales), 76, núm. 2 (prórroga tácita de los contratos a tiempo cierto) y 79 (subsistencia del contrato de trabajo en los supuestos de cesión, traspaso o venta de la industria), «ya que en nada se opone el primero de ellos a que el demandante optase voluntariamente por el puesto de especialista traumatólogo renunciando al de medicina general, aunque el uno fuese de momento provisional y el otro definitivo; renuncia que impide la continuación del contrato mediante prórroga tácita al que alude el artículo 76, norma 2.ª, y es claro que aquí no se trata de ninguna cesión, traspaso o venta de industria de que se ocupa el artículo 79».

La sentencia de 2 de febrero de 1973 (Rfa. Ar. 1973, núm. 576), punto de partida de este comentario y, con posterioridad a ella, las de 3 de abril de 1973 (Rfa. Ar. 1973, número 1.687) de 16 de marzo de 1973 (Rfa. Ar. 1973, núm. 2.640), cierran este ciclo interpretativo, en el que la transferencia de la caracterización jurídica de la fecha inicial del cómputo a los servicios objeto del mismo, proyecta una importante —y quizá dura— limitación a la eficacia «maduradora» de los períodos temporales a tener en cuenta en la determinación del premio de antigüedad.

Sin embargo, parece necesario señalar que esta discutible dirección jurisprudencial se producía con posterioridad a una importante sentencia de la misma Sala de fecha 16 de diciembre de 1971 (Rfa. Ar. 1971, núm. 4.920), ponente el excelentísimo señor don Pedro Bellón Uriarte, que había iniciado una vía interpretativa más abierta coincidente con la seguida por el Tribunal Central de Trabajo. En el supuesto (14) que da lugar a la casación formulada por el Instituto Nacional de Previsión, la Magistratura de Trabajo estimó la demanda, reconociendo la antigüedad desde la fecha del primer nombramiento definitivo a un facultativo que fue nombrado en propiedad el 22 de octubre de 1947 como médico de Medicina general y que, a partir del 1 de enero

(14) Los datos para la reconstrucción de los hechos, en *Jurisprudencia Social*, número 49, Ref. 196/71, Tribunal Supremo.

de 1948, pasó a prestar servicios con carácter provisional como traumatólogo hasta que en 1955 recibió un nuevo nombramiento definitivo para este último cargo. El segundo considerando de la sentencia, después de referirse a la norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1968 señala que: «... la interpretación de este precepto, en cuanto al cómputo temporal, debe hacerse en sentido favorable a los trabajadores titulados porque en el mismo se premia la continuidad a los servicios, la adscripción del trabajador a su Empresa por el tiempo prolongado, pero al no tomar en cuenta todo el realmente transcurrido desde el momento en que se inicie la prestación de aquéllos, en el que realmente nace el contrato de trabajo, y sí únicamente el de los que se prestan después de poseer el nombramiento definitivo y a partir del primero del año siguiente a éste, visto es que establece una limitación lícita al instaurarse el premio, pero que por su propia naturaleza, ha de interpretarse restrictivamente».

Estimándose en consecuencia en el tercer considerando que «toda vez que al reconocerse que el derecho al premio de antigüedad establecido por la aludida norma 12 es computable para el actor desde la fecha del primer nombramiento definitivo resulta indudable que los servicios posteriores al mismo se prestan en propiedad y que, por consiguiente, debe beneficiarse de las mejoras que para tal supuesto han sido establecidas».

La tesis recogida en esta sentencia resulta plenamente convincente, ya que: a) reconoce el carácter equivoco de los preceptos legales en cuanto a la atribución de eficacia moderadora de los servicios prestados; y b) formula las bases para una interpretación progresiva y finalista de los mismos.

c) *La doctrina del Tribunal Central de Trabajo.* -Las sentencias del Tribunal Central de Trabajo pueden sistematizarse, siguiendo el mismo criterio que las del Supremo, en dos grupos. En el primero - simple exclusión de los servicios prestados con anterioridad al nombramiento en propiedad - pueden incluirse las sentencias de 12 de marzo de 1971 (Ref. JS 46, núm. 173/71-TCT), 15 de noviembre de 1971 (Referencia JS 49, núm. 542/71-TCT), 26 de enero de 1972 (Ref. JS 51, núm. 52/72-TCT) y 14 de diciembre de 1972 (Ref. JS 56, núm. 535/72-TCT); todas ellas en el mismo sentido que las del Tribunal Supremo incluidas en el grupo del mismo número.

El segundo grupo de sentencias aborda el tema del cómputo de los períodos de interinidad o provisionalidad posteriores al nombramiento definitivo. Salvo un supuesto aislado —la sentencia de 21 de junio de 1971 (Ref. JS 47, núm. 293/71-TCT)— las restantes recogidas en el repertorio de *Jurisprudencia Social* mantienen el mismo criterio positivo respecto al cómputo de estos períodos. Así, las sentencias de 27 de abril de 1971 (Ref. JS 46, núm. 172/71-TCT) (15) y 29 del mismo mes y año (Ref. JS 46, núm. 171/71-TCT) (16) consideran que «es claro que a los efectos del premio de

(15) El actor ante Magistratura, médico con nombramiento definitivo desde abril de 1947, estuvo excedente voluntario desde 1 de junio de 1949 al 31 de marzo de 1951, fecha en que se reintegró al servicio activo con carácter provisional hasta que el 1 de mayo de 1956 fue nombrado de nuevo con carácter definitivo. La Magistratura computó los períodos a partir de 1951. El Tribunal Central de Trabajo estimó correcto este cómputo.

(16) El recurrente inició la prestación de servicios al SOE como médico general

antigüedad y por aplicación de la Orden de 30 de diciembre de 1969, que interpreta y concuerda las Ordenes de 28 de febrero de 1967 y 11 de abril de 1969, debe tomarse en consideración el tiempo cumplido en servicio activo en la Seguridad Social, porque si bien es cierto que el demandante, desde que ingresó en el servicio de aparato digestivo, ocupó plaza con carácter provisional hasta el 24 de julio de 1956, esta circunstancia sólo afecta a la índole del servicio, pero no a la efectiva prestación del mismo, que es el único requisito junto con el del nombramiento definitivo que exige la ley para el cómputo del premio de antigüedad, lo que determina la desestimación del recurso por no infringir la sentencia impugnada la norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1967 y 25 de la Orden de 11 de abril de 1969».

Este criterio se completa en la sentencia de 8 de julio de 1971 (Ref. JS 47, número 294/71-TCT) (17) con la referencia a que ni la norma 12 de la Orden de 28 de febrero de 1967 ni el artículo 1.º de la de 30 de diciembre de 1969 exigen «que el nombramiento a que ambos (preceptos) se refieren sea del cargo que se desempeña y al no venir consignada en la ley tal circunstancia, no puede aceptarse tal interpretación (la restrictiva consistente en excluir los períodos de interinidad posteriores al primer nombramiento definitivo) por oposición a la misma tanto la interpretación amplia propia de las leyes sociales como el criterio que en ellas predomina... de que una vez establecida la vinculación laboral definitiva no se altera por los cambios de puestos de trabajo, etc.».

Finalmente, la sentencia de 5 de abril de 1973 (Ref. JS 58, núm. 189/73-TCT), importante en cuanto que sigue manteniendo esta línea de interpretación amplia, a pesar de la jurisprudencia en contrario de la Sala VI del Tribunal Supremo (cfr. sentencias de 8 de febrero de 1972, 13 de junio de 1972, 2 de febrero de 1973 y 3 de abril de 1973), insiste en que «debe tomarse en consideración todo el tiempo cumplido en servicio activo a la Seguridad Social desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se hubiera obtenido el nombramiento definitivo, porque los servicios prestados a partir del nombramiento en propiedad, no pierden su carácter por el hecho de que con posterioridad a tal designación, que es decisiva a efectos del cómputo, lo hayan sido temporalmente en funciones distintas a la del nombramiento definitivo, porque desde el primer nombramiento en propiedad mantuvo el carácter de vinculación definitiva con la Empresa, sin que ulteriores cambios de función puedan comportar pérdida de derechos adquiridos de antigüedad»; añadiendo que «la Orden de 30 de diciembre de 1969, que se interpreta, habla de servicios prestados "una vez obtenido el nombramiento definitivo", y "no de servicios prestados con tal carácter", con lo que la interinidad subsiguiente al nombramiento en propiedad, no debe excluirse a los efectos del cómputo de trienios...».

interino en 1936. En 1948 recibió nombramiento en propiedad y en 1951 pasó, con carácter provisional, a desempeñar una plaza de especialista hasta que en 1956 obtuvo nombramiento definitivo en la misma. Desestimada su demanda en Magistratura, el Tribunal Central de Trabajo revoca la sentencia y reconoce la antigüedad desde 1951.

(17) Médico general con nombramiento en propiedad en 1947, que en 1951 pasa a especialista pediatra con carácter interino hasta un nuevo nombramiento definitivo en 1955. El Tribunal Central de Trabajo revoca la sentencia desestimatoria de Magistratura y establece el cómputo de los períodos de interinidad posteriores al nombramiento definitivo.

5. Hasta aquí los datos de la formación del conflicto jurisprudencial. No puede abordarse, en el marco de este comentario, una reflexión con la necesaria densidad crítica sobre el alcance y evolución de *este conflicto*. Es posible y previsible tanto una solución jerárquica —acomodación de la jurisprudencia más progresiva del Tribunal Central de Trabajo a la orgánicamente preeminente del Supremo—, como revisionista, vuelta por parte de la Sala VI a los criterios interpretativos de la sentencia de 16 de diciembre de 1971. En todo caso, la actual situación no puede mantenerse por mucho tiempo. En su estudio de las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 11 de mayo de 1971 (Ref. JS 47, núm. 295/71-TCT), 1, 3 y 21 de junio de 1971 (Ref. JS 47, números 291, 292 y 293/71-TCT) y 8 de julio del mismo año (Ref. JS 47, núm. 294/71-TCT), José Rodríguez de la Borbolla (18), desde una adecuada perspectiva teórica, ha señalado la progresiva tendencia a la sustitución del criterio orgánico-formal (la incorporación a la Empresa y, por tanto, el cómputo de antigüedad sólo se inician desde la adscripción «definitiva» por el fáctico-real (cómputo desde la prestación efectiva de servicios) como consecuencia de la «laboralización» de unos conceptos retributivos vinculados genéticamente a una relación estatutaria funcionarial muy formalizada. Sin entrar en el contingente universo de la *lege ferenda*, lo cierto es que esta tendencia debería integrarse sistemáticamente en el proceso jurisprudencial de aclaración de conceptos que pueden aparecer indeterminados en su concreción positiva. La exposición que se ha hecho en el número anterior de este comentario lleva —a su autor— a predicar cierta ambigüedad de los textos reglamentarios que, a veces, se han calificado de claros y contundentes. Esta duda se extiende también a la metódica facilidad de los pronunciamientos sobre la extinción de la relación laboral definitiva y su sustitución por otra provisional o interina. La figura de la novación está llena de matizaciones y los principios de la defensa de la estabilidad en el empleo tienen la firmeza derivada de su carácter fundamental. Díez-Picazo (19), después de referirse a los dos interrogantes básicos a los que se enfrenta la doctrina jurídica de la novación —«la nueva obligación ¿sustituye a la anterior o coexiste con ella?»; la nueva obligación ¿deroga el sistema anterior de organización y lo extingue o, por el contrario, aquél pervive y se entiende sólo modificado?»—, señala que «en un ordenamiento jurídico en que la novación de la obligación se presenta como una obra de la autonomía de la voluntad de las partes para cumplir una determinada función social o económica, es decir, aparece causalizada, la doble respuesta debe venir dada por el doble juego de estos elementos: la voluntad de los interesados y la incidencia de la nueva obligación en la función o causa que la anterior desempeñaba».

Tratándose de una obligación laboral la respuesta está todavía más condicionada por el principio de indisponibilidad de los derechos sociales y por la vocación del Derecho del trabajo a una permanencia de las relaciones jurídicas por él amparadas.

Villar Palasí (20) ha citado una sentencia del Tribunal Supremo en lo contencioso-

(18) JOSÉ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA: «Antigüedad e incorporación a la Empresa», Sección de Jurisprudencia Social del núm. 95 de la REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, julio-septiembre de 1972.

(19) LUIS DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970.

(20) JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ: obra citada.



administrativo de 20 de noviembre de 1964, que puso de relieve «la inevitable defectuosidad expresiva de las normas encaminadas a regular situaciones de naturaleza administrativa, inherente tanto a la humana condición de sus redactores como a las complejidades y anomalías del lenguaje».

¿No puede resultar excesivamente frágil el vincular el alcance de la interpretación jurídica a una efímera anfibología reglamentaria?

### III

#### PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO

##### CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA CON LA PRETENSIÓN DEL ACTOR

Sentencia de 23 de febrero de 1973, Ar./1973, n. 831:

1. Fallecido un trabajador incluido en el ámbito del Régimen general de la Seguridad Social como consecuencia de accidente de trabajo, sus causahabientes (cónyuge e hijos) solicitan las prestaciones correspondientes por muerte y supervivencia de las que es responsable la Empresa en que prestaba servicios el productor.

2. La Magistratura de Trabajo condena a la Empresa al pago de las pensiones de viudedad y orfandad correspondiente, pero desestima la petición de la actora relativa al abono de la indemnización especial a tanto alzado prevista en los artículos 28 y 29 de la Orden ministerial de 13 de febrero de 1967, reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia, en base a que tal solicitud se formuló en el trámite de ampliación de la demanda.

3. Recurrida la sentencia por la actora, el Tribunal Supremo estima el recurso condenando a los demandados al abono de la mencionada cantidad a tanto alzado.

4. El primer considerando de la sentencia reproduce, si bien no en los términos de claridad que serían deseables, una doctrina ampliamente reiterada por el Tribunal Supremo que conduce al planteamiento de cuestiones fundamentales en relación con los principios de congruencia e irrenunciabilidad de derechos.

Señala el Tribunal Supremo que la sentencia de Magistratura que desestima la petición por tratarse de cuestión no reclamada en la demanda y prohibida por el artículo 76 de la LPL, mantiene una interpretación errónea, «ya que los diferentes conceptos que integran las reparaciones económicas por fallecimiento del productor a favor de sus derechohabientes son obligadas por ministerio de la ley, y, aunque específicamente no se postulen en la demanda, cabe subsanarlo en el trámite de ampliación de ella, según autoriza el citado precepto, corroborándolo así el artículo 71 que

no exige se hagan constar entre los requisitos de la demanda por accidentes, y, en esta especializada jurisdicción, con un criterio más amplio que en la ordinaria, no es incongruente que el magistrado resuelva (como debió hacer en este caso) cuestiones que, aun no habiendo sido expresamente planteadas en la demanda fueron alegadas durante el juicio y recogidas en conclusiones».

5. El tema central es, claramente, el relativo a la existencia de un debilitamiento o laxitud de los contornos del principio de congruencia en el proceso de trabajo en relación con el civil. La doctrina ha estudiado los fundamentos que la jurisprudencia aduce en defensa de la debilitación de la congruencia, señalando, además, que su origen cabe centrarlo, precisamente, en los pleitos relativos a accidentes de trabajo. Al margen de los fundamentos del principio, que siguen siendo válidos en el proceso de trabajo (21), es útil estudiar el planteamiento que de la congruencia hace el Tribunal Supremo, partiendo de la posibilidad de ampliación de la demanda que admite el texto refundido de procedimiento laboral en sus artículos 76 («el demandante... ratificará o ampliará su demanda, aunque no podrá hacer ninguna variación sustancial») y 167, 2.º («se entenderá que existe congruencia cuando el magistrado resuelva cuestiones que no habiendo sido expresamente planteadas en la demanda ni suponiendo variaciones esenciales en ella, fueron probadas durante el juicio y recogidas en conclusiones»).

Hasta qué punto puede entenderse que la adición de cuestiones nuevas no supone una «variación sustancial» es algo que debe determinarse a la vista de los criterios sentados por la jurisprudencia. Un intento de sistematización permitiría plantear el supuesto desde distintas perspectivas:

a) *Ampliación del derecho alegado.*—El tema no es trascendente, fundamentalmente porque en el proceso de trabajo no es necesaria la alegación del derecho por el interesado (el art. 71 de la LPL no exige que el fundamento de derecho deba explicitarse en la demanda); lo que conduce, lógicamente, a que la ampliación pueda consistir en una rectificación del derecho erróneamente alegado (22). Se entiende que tal ampliación del derecho no trasciende a otros posibles motivos de ampliación, en cuyo caso habría que reconducir el supuesto a estos últimos.

b) *Ampliación de las personas interesadas o demandadas.*—Hay que diferenciar el supuesto de aquél que supone una defectuosa descripción de los sujetos demandados

(21) Ciertamente observa ALONSO-OLEA, uno es tanto que se debilite el juego del requisito de la congruencia como que se amplía la base de pedimentos a la que debe ir referido; no hay que atenerse estrictamente a la demanda ni, a *fortiori*, a su suplico, sino, más genéricamente: "a lo que ha sido objeto de debate o pretensiones de las partes" (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1953). «Derechos irrenunciables y principios de congruencia», en *ADC*, 1963, tomo XV, 2, pág. 969.

(22) La sentencia de 2 de abril de 1970, Ar./70, n. 1.692, califica el supuesto como variación no sustancial.

o interesados (23), y de aquél en que, pese a aparecer los sujetos en el relato de los hechos, hay una deficiente o inexistente calificación procesal de aquéllos (24).

La materia en que nos movemos —accidentes de trabajo— ofrece peculiares características, de suerte que en los procesos de tal índole se entiende como demandado al empleador y la citación de posibles responsables subrogados o subsidiarios se dota de especiales garantías (arts. 122 a 125 de la LPL). Las omisiones son, de esta forma, o defectos subsanables por el magistrado por vía del artículo 72 de la LPL (la falta de advertencia de los defectos u omisiones por parte del magistrado determina la nulidad de actuaciones), o, en todo caso, cabe la actuación de una serie de facultades que conducen a garantizar el derecho fundamental sobre el que versa el juicio (artículos 121, 123 y 125 de la LPL).

c) *Ampliación de la relación de hechos*.—La alegación de hechos distintos a los consignados en la demanda es algo que no ofrece dudas, aunque el problema fundamental radica en dos circunstancias, la necesidad de prueba de aquéllos y su relación con el suplico de la demanda, de modo que una ampliación en la relación de hechos puede conducir a una variación sustancial del *petitum*, debiendo acogerse en los términos que se analizan seguidamente.

d) *Ampliación del suplico de la demanda*.—Toda pretensión se identifica por referencia a dos extremos, la materia u objeto de aquélla y la situación del sujeto que le define como acreedor en el seno de la relación jurídica discutida, o sea, la titularidad o causa de pedir. Partiendo de esta distinción entiende la doctrina que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene restringiendo «la ecuación fundamental de la congruencia a la *causa petendi*, al estricto título de pedir, no exigiendo armonía de la sentencia, ni con el *petitum*, ni con las propias alegaciones presentadas por las partes» (25).

En definitiva, toda nueva petición debe articularse en la situación de titularidad

(23) No hay incongruencia en los casos en que se trate «tan sólo de una forma incorrecta de expresión que en nada altera la relación jurídica sustancial», declara la sentencia de 18 de diciembre de 1972, Ar./72, n. 5.564, en un supuesto en que el demandante había calificado como Empresas distintas a cada una de las cotitulares de la única Empresa, calificación que se produjo, además, en el desarrollo del juicio, puesto que la demanda se dirigió contra una de las titulares, condenando la sentencia a todas ellas, individualizando a cada una como Empresa distinta. La doctrina se repite en sentencia de 9 de junio de 1969, Ar./69, n. 3.114.

(24) Indica la sentencia de 1 de febrero de 1969, Ar./69, n. 527, que «la omisión del nombre de la Mutnalidad en el suplico (defecto explicable por la falta de preparación técnica de la interesada), no puede entenderse como falta de una petición concreta contra ella, pues ello haría resaltar como ilógica o innecesaria la interpelación respecto a la misma, la construcción de la demanda y su admisión en el proceso como litigante, sino como simple defecto formal intranscendente, suficientemente subsanado con la aclaración hecha en el acto del juicio que fue celebrado con asistencia de todos los litigantes...». En otras ocasiones, cfr. sentencia de 10 de mayo de 1973, Ar./73, n. 4.635, se ha acudido a la aplicación del artículo 72 y, por tanto, a la nulidad de actuaciones.

(25) A. OJEDA AVILÉS: «Sobre el libre arbitrio judicial en los procesos de trabajo» en RPS, 1971, núm. 92, pág. 70.

de derechos definida como punto de referencia de una serie de efectos jurídicos. De esta forma es congruente la sentencia que se «pronuncia sobre la cuestión principal y los efectos jurídico-económicos implícitamente postulados y demás particulares de la controversia (sentencia de 7 de diciembre de 1970, Ar./70, n. 5.186); lo que conduce a admitir peticiones genéricas en materia de conceptos indemnizatorios, tales como «la indemnización legal que corresponda» (sentencia de 25 de marzo de 1965, Ar./65, número 2.138, y 4 de noviembre de 1967, Ar./67, n. 3.910); se ha llegado a admitir rectificación en la cuantía de lo pedido (sentencia de 19 de octubre de 1972, Ar./72, n. 4.226); se afirma que no es incongruente la sentencia que reconoce una incapacidad distinta —mayor o menor— de la pedida (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1967, Ar./67, n. 1.080, y 11 de diciembre de 1971, Ar./71, n. 4.893); o la que fija una fecha distinta de efectos económicos (sentencia de 20 de junio de 1967, Ar./67, n. 2.331).

Es, por el contrario, incongruente el pronunciamiento que acoge una nueva cuestión situada fuera de la esfera correspondiente a una misma titularidad. En este sentido la sentencia de 22 de enero de 1968, Ar./68, n. 129, al entender que es congruente el pronunciamiento del magistrado al resolver sobre las diferencias salariales reclamadas por el actor en la demanda, sin entender de la petición posterior de aquél, de que se le otorgue una determinada calificación profesional; del mismo modo, el supuesto en que, planteada la demanda sobre nulidad de despido, se concreta en el acto del juicio que lo es por rescisión y sobre ésta se pronuncia la sentencia que se tacha de incongruente (sentencia de 16 de octubre de 1970, Ar./70, n. 3.979).

La causa o razón de pedir no aparece siempre claramente delimitada dada la multiplicidad de conceptos indemnizatorios en la mayoría de las prestaciones, por lo que respecta a la Seguridad Social, y las posibles subcausas que pueden intercalarse en una misma relación de titularidad (por ejemplo, en las prestaciones por desempleo, la indemnización por despido si aquélla no se hubiese hecho efectiva por la Empresa; el incremento correspondiente a las prestaciones en favor de familiares en casos de inexistencia de cónyuge *supérstite*; el recargo de las prestaciones en los casos en que no se hayan adoptado las preceptivas medidas de seguridad...). Lo que es evidente es que, en cualquier caso, la causa de pedir está sujeta a unos límites dentro de los cuales se produce la congruencia; de forma que: 1) La titularidad se define en función de las propias alegaciones del actor, delimitadas por los hechos presentados en el juicio. 2) Evidentemente, deben quedar suficientemente probados todos los extremos incluidos en la titularidad que se actúa y ninguna trascendencia tienen las meras alegaciones de hechos que no se hayan declarado probados. 3) La alegación de hechos y prueba de los mismos se extiende a los requisitos y condiciones que tipifican cada uno de los efectos jurídicos configurados en el área de una misma titularidad.

6. La jurisprudencia ha usado en ocasiones del principio de irrenunciabilidad para justificar un pronunciamiento que se pretendía incongruente. El presente supuesto se salva, no en atención a la irrenunciabilidad, sino por el especial juego de la congruencia en los casos de ampliaciones a la demanda que no supongan variaciones.

sustanciales. ¿Hasta qué extremo el principio de irrenunciabilidad puede llegar a justificar la condena en juicio de un derecho no pedido? y aún, ¿puede determinar la aplicación de una norma que reconozca un derecho alegado por el trabajador pese a suponer una variación sustancial de lo inicialmente pedido?

Es cuestión previa la distinción entre el acto de renuncia y la falta de ejercicio de un Derecho (26). Esta última se concreta en una multiplicidad de posibilidades en el área misma del proceso. Evidentemente, la falta de ejercicio puede ser consecuente a un acto de renuncia previo, pero aun así, el principio de irrenunciabilidad no conduce a forzar el ejercicio del Derecho, y ni siquiera, en muchos casos, a proteger un ejercicio defectuoso.

¿Hasta qué punto puede el magistrado indagar en el proceso sobre la existencia de un acto de renuncia? Sus facultades son limitadas, pero pueden actuarse a través de la posibilidad de ordenar la continuación de la práctica de una prueba, pese a la renuncia de la parte que la propuso (art. 84 de al IPL), y de sus facultades en orden al esclarecimiento de los hechos (art. 76 de la LPL). Llegado a la conclusión de su existencia, ¿puede o debe declarar la nulidad de tal acto y la realidad del Derecho pese a la falta de petición concreta del interesado? Es este el punto en que entran en colisión irrenunciabilidad y congruencia, en cuanto que ésta exige que el magistrado se atenga a las peticiones de las partes. Atinadamente observa el profesor De la Villa que «entre un principio genérico de Derecho procesal y un principio específico de Derecho material debe prevalecer abiertamente el segundo» (27). Lo que ocurre es que, en muchos casos, no se está protegiendo la realidad de un Derecho irrenunciable, sino la falta de ejercicio del mismo.

Pero el principio de congruencia impondría algunas limitaciones al de irrenunciabilidad. En los supuestos en que el derecho pretendidamente renunciado quedase fuera de la esfera de la pretensión actuada, el magistrado no podría realizar un pronunciamiento condenatorio pero sí pronunciarse sobre la reserva de derechos con respecto a tal punto, en función de un ejercicio correcto de los mismos.

Finalmente, el principio de irrenunciabilidad tendría un especial juego en los casos

(26) «No puede calificarse de acto de renuncia tácita el no ejercicio definitivo del derecho —usual llamado por algún sector de la doctrina española *renuncia pasiva*—, en cuanto que concurren una serie de notas diferenciales: 1.º En el no ejercicio falta el efecto típico de la inmediata pérdida o extinción del derecho como consecuencia de la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad de renuncia; esto, unido a que no interviene la voluntad en la pérdida o extinción del derecho por el no ejercicio; y 2.º El derecho no puede proteger el no ejercicio, forzando a una actuación concreta y, en cambio, sí limita activamente los actos de renuncia...». L. E. DE LA VILLA: «El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales», en RPS, 1970, núm. 65, y separata pág. 13.

(27) Ob. cit., pág. 68. En este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 1971, Ar./71, n. 4.893, son acertadas las razones que el magistrado aduce, «en las que destaca el carácter eminentemente tuitivo de esta legislación social, en cuya aplicación no se debe, en virtud de una rígida interpretación de la norma adjetiva, llegar a desconocer derechos sustanciales del trabajador, privándole de su reconocimiento».

en que la titularidad actuada incidiese sobre un derecho previamente renunciado pero no pedido, a salvo de que la falta de ejercicio hubiese perjudicado definitivamente aquél.  
(L. N. L.)

IV

PRESTACIONES POR INVALIDEZ

DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE DEBE ENTENDERSE CAUSADA LA INVALIDEZ  
PERMANENTE DEL TRABAJADOR

Sentencia de 20 de febrero de 1973, Ar./73, n. 794:

1. E. A. G. reclama ante la Magistratura de Trabajo la declaración de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, y el reconocimiento de la prestación económica inherente a este grado de incapacidad a cargo de la Mutualidad Laboral correspondiente.

2. La Magistratura de Trabajo desestima la demanda y el actor interpone recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción de ley.

3. Se estima el recurso por el Tribunal Supremo, condenando a la Mutualidad demandada a reconocer al actor una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y al abono de la pensión vitalicia correspondiente.

El primero de los motivos del recurso, basado en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba es estimado ya que según determina el Tribunal Supremo en su sentencia, se omitieron en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia «... datos trascendentales para resolver la fundamental cuestión planteada en el juicio y en el recurso sobre el momento en que se produjo la incapacidad laboral del actor...» y que, sin embargo, aparecen probados en los documentos obrantes en los autos.

El segundo de los motivos, basado también en error de hecho en la apreciación de la prueba, se estima al calificar la sentencia recurrida la invalidez permanente del trabajador como incapacidad permanente total para la profesión habitual, al entender el juzgador de instancia que el actor «... puede realizar actividades de tipo sedentario...», afirmación ésta que se contradice con la declaración que se hace en la propia sentencia de padecer el trabajador «bronquitis crónica asmátiforme de tipo enfisematoso y disnea de esfuerzo y reposo», declaración contenida también en la resolución de la Comisión Técnica Calificadora Provincial, y no contradicha por la Comisión Técnica Calificadora Central, con lo cual, y al no existir en los autos prueba alguna que la desvirtúe, debe considerarse como cierta a tenor de lo dispuesto en el artículo 120 de la LPL, en base a lo cual el Tribunal Supremo califica la invalidez del recurrente como incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Se estima también el quinto motivo del recurso basado en la violación de los artículos 137, 1.º, de la LSS, y 19, a), y 20 de la Orden ministerial de 15 de abril de 1969, puesto que la incapacidad se produjo, según estima el Tribunal Supremo cuando el trabajador se encontraba percibiendo las prestaciones correspondientes a la situación de desempleo involuntario subsidiado y no como estima la sentencia recurrida el día de la solicitud de la prestación de invalidez, cuando el recurrente había ya agotado el plazo máximo de duración de la prestación de desempleo antes citada.

4. La cuestión más importante que plantea esta sentencia del Tribunal Supremo, y en la que centraremos este comentario, es la abordada al estimar el quinto de los motivos del recurso basado en la violación de los preceptos antes aludidos.

Efectivamente, se declara probado en la sentencia de instancia que el trabajador permaneció en la situación de desempleo involuntario subsidiado desde agosto de 1968 hasta febrero de 1970, pero agotados los plazos máximos establecidos tuvo que ser protegido mediante prestaciones de asistencia social, consistentes en ayudas económicas otorgadas al amparo de lo establecido en el artículo 5.º, apartado b), de la Orden ministerial de 21 de abril de 1967, para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de asistencia social en el Régimen General de la Seguridad Social, «a quienes se encuentren en la situación de paro forzoso sin tener derecho a prestaciones por desempleo o después de haber agotado los plazos reglamentarios de duración de estas prestaciones». Por lo tanto, el hecho cierto de haber sido concedidas, implica que el trabajador, pese a no tener más que treinta y seis años (28), no pudo encontrar trabajo debido precisamente, a la enfermedad que padecía «clínicamente irreversible, de evolución crónica y progresiva desarrollada a lo largo de mucho tiempo», como declara probado la sentencia de la Magistratura .

5. El criterio mantenido por el Tribunal Supremo es el de considerar que el hecho causante de la prestación de invalidez acaeció durante la situación de desempleo, al entender que la enfermedad que desde hace años padecía el trabajador fue la contingencia que determinó su incapacidad para el trabajo una vez finalizada la antedicha situación, en la que tuvo necesidad de recibir asistencia sanitaria en distintos períodos. Esta interpretación coincide con la mantenida por el mismo Tribunal en otras sentencias (29). El problema consiste, pues, en determinar en qué momento debe entenderse

---

(28) A causa de esta edad no pudo tampoco quedar en la situación de paro involuntario no subsidiado que subsista después de haber agotado las prestaciones por desempleo, cuando el trabajador tiene más de cincuenta y cinco años, situación asimilada al alta para poder causar prestaciones. Sobre el requisito de esta edad para que pueda considerarse situación asimilada al alta el paro involuntario que subsista después de agotadas las prestaciones de desempleo, ver el comentario del profesor DE LA VILLA GIL a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1972, Ar./72, n. 2.834, en RPS, 93, págs. 146-149.

(29) *A sensu contrario*, la contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1972, Ar./72, n. 1.721. «No es que el juzgador de instancia entienda que la situación de desempleo no es asimilada al alta, sino que tal situación fue agurada

causada la prestación, y en este sentido conviene puntualizar que si bien el informe-propuesta del facultativo que considera que la enfermedad que padece el trabajador no es susceptible de curación y puede dar lugar a una invalidez permanente, es el documento que inicia el expediente ante la correspondiente Entidad gestora para la declaración de la misma Comisión Técnica Calificadora, la fecha del mismo que suele coincidir con la solicitud de la prestación es relevante a fin de señalar los efectos económicos de la pensión vitalicia a que tendrá derecho el beneficiario, protegido hasta entonces por otro tipo de prestaciones, incapacidad laboral transitoria, invalidez provisional, desempleo, etc. (30). Pero el hecho de que haya sido formulado en un momento determinado, no implica que debe entenderse que la incapacidad para el trabajo se produjo en aquel preciso instante en supuestos como el que ahora se examina, en el que la enfermedad se declaró hace mucho tiempo, siendo de evolución progresiva y cuando se demuestre, como en este caso, que realmente hubo imposibilidad de trabajar desde un momento anterior.

6. Conviene señalar, por último, que las disposiciones de desarrollo de la ley de 21 de junio de 1972 de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social en materia de prestaciones, Decreto 1.646/72 de 23 de junio, y Orden ministerial de 31 de julio de 1972, que desarrolla el Decreto anterior, determinan que a los trabajadores a quienes se concedan prestaciones de asistencia social con carácter periódico, se les considerará en situación asimilada al alta, a efectos de que puedan causar prestaciones de invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia. (M. L. S.)

---

en su totalidad antes de la solicitud de invalidez y el actor no realizó prueba alguna tendente a justificar que el hecho causante tuviera lugar cuando él mismo estaba amparado por las prestaciones de desempleo.»

(30) En este sentido, la Orden ministerial de 21 de abril de 1972, proroga la duración del subsidio de I.T., una vez agotado el plazo establecido, cuando se haya formulado informe-propuesta, en el que se considere al trabajador afectado de invalidez permanente, hasta que recaiga una resolución definitiva de las Comisiones técnicas calificadoras, siempre que el trabajador no se haya reintegrado al trabajo, sin perjuicio de que si se declarase la existencia de invalidez absoluta o gran invalidez, la resolución de la Comisión deberá retrotraer sus efectos a la fecha del alta médica, deduciéndose en tal caso de la pensión vitalicia lo percibido como subsidio de I.T.



V

COMISIONES TECNICAS CALIFICADORAS. FALTA DE RECLAMACION  
PREVIA

RECUPERACIÓN DE INVÁLIDOS ABSOLUTOS

Sentencia de 23 de diciembre de 1972, Ar./1973, n. 199.

1. El trabajador F. M. F., cuando prestaba sus servicios para la Empresa «M. C. K.», sufrió un accidente de trabajo el 18 de septiembre de 1967, a consecuencia del cual le fue reconocida una invalidez permanente por la Comisión Técnica Calificadora Central el 22 de mayo de 1970.

2. La Magistratura de Trabajo, en su sentencia, desestimó la demanda promovida por el trabajador, confirmando el grado de incapacidad y, estimó, por otra parte, la excepción procesal de falta de reclamación previa en la vía administrativa, promovida por la Empresa, sin entrar a conocer del fondo de la misma.

3. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos estima ambos recursos, y reconoce al trabajador efecto de una incapacidad permanente absoluta con derecho a pensión vitalicia equivalente al 100 por 100 de su salario regulador de 84 pesetas diarias y condena a la Empresa demandada como responsable principal y a la Mutualidad laboral como subrogada a que depositen en el Fondo de Garantía y Pensiones el capital coste preciso.

4. El comentario que a continuación hacemos lo vamos a referir exclusivamente a la afirmación contenida en el segundo considerando de la sentencia de que «es un inválido absoluto, sin perjuicio de la posible revisión de su incapacidad por *mejoría, readaptación o reeducación*».

La ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, en su artículo 136, dispone que en caso de incapacidad permanente parcial o total, los trabajadores tendrán derecho a prestaciones recuperadoras consistentes en tratamiento de recuperación fisiológica y cursos de formación profesional, siempre que unos y otros fuesen necesarios para su readaptación y rehabilitación, con obligación de someterse a los mismos, y en caso de incapacitados permanentes absolutos y grandes inválidos, a tratamientos de rehabilitación y readaptación, no siendo, en estos supuestos, obligatoria su realización.

En realidad, lo que la ley establece son las formas de recuperación; la profesional para los incapacitados parciales y totales y la no profesional para los absolutos y grandes inválidos, señalando para cada una de ellas una regulación concreta, que examinaremos a continuación.

La ley 24/73, de 21 de junio, no contiene precepto alguno que modifique el contenido de lo expuesto con anterioridad.

Sin embargo, en la práctica se produce, cada vez con más frecuencia, el hecho de que trabajadores a los que se les reconoce una incapacidad permanente absoluta están en condiciones de poder realizar ciertos trabajos adecuados a su situación funcional y, por ello, hemos de pensar que es obligado otorgarles una auténtica recuperación profesional, no limitándola a la mera rehabilitación funcional.

Apoya esta idea lo impuesto en el número 2 del artículo 138 de la ley de 21 de abril de 1966 de que a las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

En base, precisamente a esta norma, la Dirección General de la Seguridad Social en varias resoluciones, ha sentado el criterio de compatibilidad de trabajo y pensión, señalando, además, que los trabajadores en esta situación no deben volver a ser dados de alta en la Seguridad Social, ni existe obligación de cotizar por las mismas, para, finalmente, prever, en caso de nuevo accidente o enfermedad que agrave su estado, que la Mutualidad Laboral en la que figure encuadrada la Empresa, abonará la cuantía de la prestación económica en más sobre la anterior, que se le reconociese por el mero grado de incapacidad.

De lo expuesto se desprende que tanto la ley de 1966 como las resoluciones dictadas por la Dirección General de la Seguridad Social, reconocen la realidad de que los trabajadores inválidos absolutos pueden realizar trabajos adecuados a su estado y cuidan de proporcionarles una protección económica suficiente, pero, sin embargo, se les cierra el paso a la posibilidad de recuperación profesional cuando, precisamente, si poseen una pequeña capacidad laboral es cuando más deben necesitar de la adecuada recuperación para readaptarles a nuevos trabajos o actividades.

Por otra parte pensemos que estos incapacitados son, por definición, minusválidos —sólo para que se les reconozca su minusvalía es preciso la homologación y su registro oportuno— a través del Servicio Común de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos, pueden recibir, por su minusvalía, una recuperación adecuada, con lo que se da la contradicción evidente que no se prevé su recuperación como inválidos, con una invalidez motivada por el trabajo y si, por el contrario, pueden acceder a esa recuperación —distinta en su origen y concesión— por su carácter de minusválidos.

Se hace necesario, pues, adoptar las medidas oportunas para que los incapacitados permanentes absolutos tengan, como derecho reconocido, el de la recuperación, entendiéndose por ella las tres fases típicas de tratamiento médico especial funcional, orientación y formación profesional, y que esos procesos, o se recojan en la ley de la Seguridad Social o, en otro caso, se arbitre la fórmula precisa para que puedan ser concedidos por el Servicio Común antes aludido, pero con la amplitud y en los mismos términos con que se otorga a los restantes incapacitados permanentes.

Finalmente, cabe resaltar que el segundo considerando de la sentencia parece que da por supuesta la existencia de una readaptación o reeducación para los inválidos

absolutos cuando la realidad, como hemos comentado, es la inexistencia de esta forma de recuperación para aquéllos en la actual legislación de la Seguridad Social y, por ello, la revisión de su estado sólo podrá lograrse por la mejoría o agravación de sus residuales. (R. F. S.)

(Sección dirigida por el profesor doctor don LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, y en la que colaboran doña DOLORES CLEOFF SÁNCHEZ, don TEÓFILO DELGADO LÓPEZ, don AURELIO DESDENTADO BONETE, don RAFAEL FERNÁNDEZ SEDANO, doña LUDÓN NEBOT LOZANO, don ALBERTO DE PEREDA MATEOS y doña MARÍA LUZ SÁNCHEZ.)