

Roj: **STS 4914/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4914**Id Cendoj: **28079140012016100809**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/10/2016**Nº de Recurso: **3092/2015**Nº de Resolución: **830/2016**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 2266/2015,**  
**STS 4914/2016**

## SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2016

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado la Letrado Sra. Ropero Hermida, en la representación que ostenta de MUTUA UNIVERSAL -MU GENAT, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10 de la Seguridad social, frente a la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de junio de 2015 [rec 970/15], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, autos 970/2015, en virtud de demanda presentada por MUTUA UNIVERSAL -MEGENAT, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10 de la Seguridad social, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa UNION DE EXPLOSIVOS RIOTINTO, S.A. y Doña Margarita, sobre PRESTACIONES.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT frente a INSS, TGSS, UNIÓN DE EXPLOSIVOS DE RIOTINTO SA y Margarita, se revoca la resolución administrativa impugnada declarando que la responsabilidad de las prestaciones derivadas del fallecimiento de D. Emilio por enfermedad profesional y reconocidas a su viuda Da Margarita corresponde únicamente al INSS, sin responsabilidad alguna de la Mutua, a quien la TGSS deberá reintegrar 50.159,20 euros, importe de la prestación abonada por la Mutua demandante, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración.»

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «**PRIMERO:** Por resolución del extinguido Instituto Nacional de Previsión de 10 de abril de 1972 se reconoció a D. Emilio con DNI NUM000 una prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional.- El fallecido accedió a la prestación de incapacidad cuando trabajaba en la empresa UNIÓN DE EXPLOSIVOS DE RIOTINTO SA en la que estuvo dado de alta desde el 12 de marzo de 1956. Dicha empresa tenía concertada con MUTUA DE LAS FÁBRICAS DE EXPLOSIVOS, PRODUCTOS QUÍMICOS Y MINAS, actual MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, la cobertura de las contingencias profesionales.- **SEGUNDO:** Por resolución del INSS de 21 de septiembre de 2007 se reconoció a Da. Margarita, viuda del fallecido, una pensión de viudedad con efectos al 1 de septiembre de 2007, derivada del fallecimiento por enfermedad profesional de D. Emilio.- Con fecha de 18 de mayo de 2009 se comunica a la Mutua que en aplicación de la orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, correspondía a la Mútua ingresar el capital coste de la prestaciones de muerte y supervivencia y que se daba



traslado a la TGSS para que iniciar el procedimiento recaudatorio.- **TERCERO** : Por escrito de 18 de febrero de 2014 MUTUA UNIVERSAL MUGENAT solicita se declare que la responsabilidad del pago de las prestaciones de muerte y supervivencia, derivadas del fallecimiento de D. Emilio y en concreto el capital coste de la viudedad corresponde en exclusiva al INSS.- **CUARTO** : Por resolución del INSS de 28 de febrero de 2014 se deniega la solicitud de la Mutua. Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa en vía administrativa, que fue desestimada.- Se da por íntegramente reproducido el expediente administrativo».

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando, salvo en su última petición subsidiaria, el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Bilbao, dictada el 20 de febrero de 2015 en los autos nº 542/2014 sobre imputación de responsabilidades, seguidos a instancia de Mutua Universal-Mugenat contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Unión de Explosivos Riotinto SA y Da Margarita , confirmamos la sentencia recurrida pero aplicando la retroacción de tres meses a los efectos de la modificación de la entidad responsable declarada. Sin condena en costas».

**CUARTO.-** Por la Letrada D<sup>a</sup>. Raquel Ropero Hermida, en la representación que ostenta de MUTUA UNIVERSAL -MUGENAT, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 10 de la Seguridad social, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 13 de diciembre de 2015 (rec. 130/2015 ). Asimismo por la representación procesal del INSS se formuló recurso alegando como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (R. 2766/14 ).

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de octubre de 2016, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Los hechos declarados probados en las presentes actuaciones son -resumidamente- los que siguen: a) el causante de las prestaciones que son objeto de la presente reclamación -afiliado al REMC- falleció en 31/08/07 a consecuencia de Enfermedad Profesional, contingencia por la que tenía reconocida IPA desde 1971 a cargo del INSS; b) por Resolución de 21/09/07 el INSS reconoció a la Sra. Margarita -su viuda- las correspondientes prestaciones por Muerte y Supervivencia, imputando su abono a la Mutua «Asepeyo» y atribuyéndole la obligación de constituir el oportuno capital/coste, lo que hizo en 18/02/10; c) en 18/02/14 la referida Mutua interesa la revisión de la responsabilidad declarada, lo que es denegado por resolución frente a la que se interpone reclamación previa igualmente desestimada;

2.- Formulada demanda, la misma fue acogida por la sentencia que en 20/02/15 dicta el J/S nº 2 de los de Bilbao [autos 542/14]. E interpuesto recurso de suplicación, la decisión de instancia fue sustancialmente confirmada por la STSJ País Vasco 23/06/2015 [rec. 970/150 ], si bien acogiendo la petición subsidiaria del INSS aplica «la retroacción de tres meses a los efectos de la modificación de la entidad responsable declarada».

3.- Se interpone por la Mutua «Universal» recurso de casación para a unidad de la doctrina, con un solo motivo en el que denuncia la infracción del art. 178 LGSS , señalando como decisión de contraste a los efectos del previo juicio de contradicción la STSJ Asturias 13/02/15 [rec. 130/15 ], que en supuestos de innegable identidad sustancial con la ahora recurrida resuelve en forma opuesta a la indicada retroactividad, por entender -con la Mutua- que el límite del art. 43 LGSS opera exclusivamente para las prestaciones de pago periódico y no para un supuesto -como el debatido- de reintegro del capital coste de la pensión.

4.- Asimismo formula casación el INSS, con motivo en el que denuncia infracción de los arts. 71 LJS y 43 LGSS, en relación con los principios de seguridad jurídica [ art. 9 CE ] e igualdad [ art. 14 CE ]. E invoca como referencial la STS 15/06/15 [rcud 2766/14 ]. Decisión ésta que -como incluso se desprende la de la propia impugnación del recurso llevada a cabo por la Mutua- a la que no cabe negar su plena contradicción con la recurrida, por tratarse de opuestas resoluciones en supuestos de sustancial identidad en hechos y pretensiones.

**SEGUNDO.-** 1.- La cuestión que en los presentes autos se suscita fue resuelta por el Pleno de la Sala en dos sentencias de la misma fecha 15/06/15, una precisamente la aportada como referencial y otra la del



rcud 2648/14 . Decisiones cuyo criterio ha sido reiterado ya en numerosas ocasiones [entre las últimas, SSTs 12/07/16 -rcud 435/15 -; 19/07/16 -rcud 1301/16 ; y 20/07/16 -rcud 913/15 -] y que por elementales razones de seguridad jurídica vuelve a serlo en estas actuaciones.

2.- Entrando ya en la cuestión básica, hemos de destacar que el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS [antes, el art. 71.2 LPL ], no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad (así, desde la STS 07/10/74 Ar. 3903, dictada en interés de ley).

3.- Destaquemos igualmente que esta doctrina se ha positivizado en el art. 71.4 de la vigente LRJS , a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... ». Y que la previsión de este precepto significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo [ arts. 56 y 57 LRJAP /PAC], se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrido en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido [ art. 28 LJCA ].

4.- Señalemos también que si se excepciona de tal consecuencia - propia del régimen común del Derecho Administrativo- a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia [desde la citada resolución en interés de Ley], muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores -frente a su desconocimiento legal- no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre ; 14/1985, de 1/Febrero ; y 97/1987, de 10/Junio ) y que en todo caso ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina.(vid., por ejemplo, las SSTs 07/05/53 Ar. 1217 ; 14/02/61 Ar. 1596 ; 04/04/61 Ar. 1419...).

5.- En esta misma línea -de limitar la excepción a los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social- apunta el texto del art. 71 LRJS , cuya literalidad invita a entender que el privilegio va exclusivamente referido al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que -por lo mismo- tiene por destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan -apartado 3- como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y -sobre todo- «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, mucho después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia.

6.- En último término tampoco cabe argumentar -como se hace- la literalidad de la DA Sexta LRJAP /PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los términos previstos en el artículo 2º ... de la Ley de Procedimiento Laboral ... se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], para extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad, puesto que la referida DA nada añade a la cuestión al no comportar interpretación alguna del art. 71 LRJS , que es de lo que aquí se trata.

7.- Sentado ello, es claro que ni tan siquiera procede -obviamente- tratar la cuestión que la Mutua suscita, la limitación temporal en el reintegro acordada por el TSJ, pues tal pretensión parte de un presupuesto - procedencia de la devolución del capital/coste- que si bien fue en día admitido por la recurrida, sin embargo es contrario a nuestra jurisprudencia y en consecuencia ha de ser rectificado, tal como el INSS solicita.

**TERCERO.-** 1.- Nuestra respuesta sería incompleta si no contrarrestásemos mínimamente los argumentos ofrecidos por la Mutua en defensa de su pretensión en las presentes actuaciones [particularmente en el escrito de impugnación] y en general por tales Entidades Colaboradoras en muchos otros procedimientos, rechazando -en primer lugar- sus afirmaciones acerca de la «desigualitaria interpretación» del precepto que nuestra tesis comporta. Digamos al efecto, justificando el diferente tratamiento que a nuestro juicio otorga el art. 71 LRJS a los beneficiarios de las prestaciones y a la Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, que en materia de igualdad son precisiones clásicas de la doctrina constitucional desde la Sentencia de 22/1981, de 2/Julio , las que siguen:

a).- Que «... el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo



respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello».

b).- Que lo propio del juicio de igualdad es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» [ STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10] y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso» [ SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 ; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3] (entre las recientes, SSTC 63/2011, de 16/Mayo, FJ 3 ; 79/2011, de 6/Junio, FJ 3 ; ; 17/2011, de 4/Julio, FJ 4 ; 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3 ; 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7 ; - Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6 ; - Pleno- 61/2013, de 14/Marzo, FJ 4 ; 45/2014, de 07/Abril, FJ 3 ; 51/2014, de 07/Abril, FJ 3 ; 60/2014, de 05/Mayo, FJ 3 ; y 156/2014, de 25/Septiembre, FJ 4. Y - también próximas- SSTS 20/01/15 -rcud 401/14 -; y 13/Enero/2016 -rco 286/13 -)

Doctrina que se complementa con la exigencia de acreditación del necesario «tertium comparationis» en régimen de igualdad [ SSTC 111/2001, de 7/Mayo FJ 2 ; 39/2002, de 14/Febrero, FJ 4 y 5; 103/2002, de 6/Mayo FJ 4 ; 39/2003, de 27/Febrero FJ 4], pudiendo decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un «tertium comparationis», que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce [ SSTC 125/2003, de 19/Junio ; 53/2004, de 15/Abril ]. De forma que «para poder efectuar un juicio de igualdad es imprescindible tener un término de comparación válido [ STC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 5], para lo cual no sólo es necesario precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, sino si el legislador ha atribuido a un mismo grupo o categoría personal creado por él mismo unas consecuencias jurídicas diversas sin introducir un factor diferencial [ SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 a); 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 c); y 139/2005, de 26 de mayo, FJ 6]» ( STC -Pleno- 8/2015, de 22/Enero, FJ 9.a).

2.- Así pues, desde el momento en que no existe censurable desigualdad, en tanto que el principio de igualdad únicamente puede invocarse con éxito cuando estamos ante «situaciones jurídicas iguales» [circunstancia inexistente en el caso], el hecho de que la Mutuas Colaboradoras hayan de sujetarse al régimen común administrativo y a la consiguiente inatacabilidad del acto firme [ art. 28 LJCA ], difícilmente puede comportar -como se argumenta- la vulneración del principio «pro actione» y consiguientemente del derecho a la tutela judicial, pues:

a).- Tal principio no impone «... a pesar de su ambigua denominación, la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de entre todas las que lo regulan... ya que el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada «impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» ( SSTC 88/1997, de 05/Mayo, F. 2 ; 207/1998, de 26/Octubre, F. 3 ; 38/1998, de 17/Febrero, F. 2 ; 122/1999, de 28/Junio ; 195/1999, de 25/Octubre, FJ 2 ; 160/2001, de 5 de julio, F. 3 ; 27/2003, de 10 de febrero, F. 4 ; 177/2003, de 13 de octubre, F. 3 ; 3/2004, 14 de enero, F. 3 ; 79/2005, de 2 de abril, F. 2 ; 133/2005, de 23 de mayo, F. 2 ; 327/2006, de 20/Noviembre, FJ 3 ; 52/2007, de 12/Marzo, FJ 2 ; y 25/2010, de 27/Abril, FJ 3).

b).- Para la Sala es claro que ninguna «desproporción» cabe atribuir a un criterio -el nuestro- que se limita a otorgar el privilegio del art. 71 LRJS a quienes literalmente se les atribuye por la norma [los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social] y a excluir a personas jurídicas que no solamente no están incluidos en la literalidad del precepto, sino que tampoco se hallan comprendidas en ella atendiendo a criterios finalísticos [las Mutuas colaboradoras], y a las que -a mayor abundamiento- tampoco se atisba razón alguna para eximir las del régimen común del Derecho Administrativo.

c).- Finalmente, tampoco cabe olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva no es «un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal», sino que «[e]n cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos [ SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3 ; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3 ; 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 ; 144/2004, de 13 de septiembre, FJ 2 ; 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2 ; 327/2005, de 12 de diciembre, FJ



3 ; 135/2008, de 27/Octubre, FJ 2 ; 40/2009, de 9/Febrero, FJ 4 ; 165/2011, de 3/Noviembre, FJ 3 ; y - Pleno-20/2012, de 16/Febrero , FJ 7).

**CUARTO** .- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que ha de ser acogido el recurso formulado por el INSS y rechazado el presentado por la Mutua, en tanto que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste aportada por la Entidad Gestora y que - en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada, en los términos que el INSS solicita. Con pérdida del depósito y destino legal para la consignación [ art. 228 LRJS ] e imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ] respecto de la recurrente Mutua Universal.

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la MUTUA UNIVERSAL-MUGENAT. 2º.- Acoger íntegramente el recurso formulado por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 3º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ País Vasco en fecha 23/06/2015 [rec. 970/150 ]. 4º.- Resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por el INSS, revocando la sentencia que había pronunciado el J/S nº 2 de los de Bilbao en fecha 20/02/15 [autos 542/14 ] y por el que se había estimado la pretensión de la Mutua UNIVERSAL Se acuerda la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, así como la imposición de costas a la recurrente Mutua Universal en la presente instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.