

**FOGASA: excepción de prescripción desestimada por no haber invocado en la vía administrativa previa.**

**Carlos Hugo Preciado Domènech**

*Magistrado de la jurisdicción social. Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.*

**Resumen:** *Para que pueda estimarse la excepción de prescripción alegada en juicio por el FOGASA es preciso que antes haya sido invocada en la previa resolución administrativa, sin que baste que la misma pueda deducirse del expediente.*

**Palabras clave:** *Prescripción. FOGASA. Vinculación a la vía administrativa.*

**Abstract:** *For the preliminary objections of limitation alleged in court by FOGASA to be upheld, it must first have been invoked in the previous administrative resolution, without being sufficient that it can be deduced from the file.*

**Keywords:** *Objections of limitations. FOGASA. Attachment to the administrative file.*

---

## **I. Introducción**

Se trata de determinar si la excepción de prescripción, aunque se fundamente en actos jurídicos cuyas fechas constan en el expediente, puede ser introducida por el FOGASA en la contestación a la demanda, habiéndose omitido en la fase administrativa.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Sala IV del Tribunal Supremo.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm.754/2020, de 10 de septiembre.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 135/2018.

**ECLI:**ES:TS:2020:2886

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

**Votos Particulares:** carece.

### **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

Se discute si el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) puede alegar válidamente la prescripción de lo reclamado tras presentarse demanda frente al mismo y sin haberlo hecho antes en el expediente administrativo tramitado al efecto.

1. En fecha 21 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cartagena, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda formulada por Encarnación frente al Fondo de Garantía Salarial -FOGASA-, en Reclamación de Prestaciones Fogasa, debo condenar y condeno al citado organismo al pago a la trabajadora de las prestaciones en cuestión en cuantía reglamentaria, y a lo que deberá estar y por ello pasar dicho organismo público demandado".

2. Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó sentencia con fecha 20 de septiembre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, con revocación de la sentencia recurrida, por lo que debemos absolver y absolvemos al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL de la demanda de la actora, Da. Encarnación, pues concurre prescripción. Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal".

### **IV. Posición de las partes**

La trabajadora formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015 (rec. 2903/2014). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 72, 85.2 y 143.4 LRJS y 24 CE.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de estimar que concurre contradicción y considerar procedente el recurso

El FOGASA se opone a la admisión del recurso, porque no es una Entidad Gestora de la Seguridad Social y alegó la prescripción en el momento de suspenderse la anterior citación a juicio, circunstancias que se separan de las concurrentes en el caso referencial. Eso implicaría, a su entender, la ausencia de contradicción entre las resoluciones comparadas.

### **V. Normativa aplicable al caso**

Arts. 72, 85.2 y 143.4 LRJS y 24 CE.

### **VI. Doctrina básica**

La excepción material de prescripción, por tratarse de un hecho excluyente, necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciado, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse de la prueba. Esto trae como consecuencia que su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición, impide también su alegación en el seno del proceso, so pena de quebrantar la congruencia, pues la introducción de esta excepción por primera vez en el acto del juicio es sorpresiva para el actor y le causa indefensión, porque no le ha permitido preparar debidamente su defensa, si es que pensara que podría rebatir la alegación que en tal sentido se le hubiera hecho al resolver administrativamente su petición, o, en otro caso (esto es, si opinara que realmente su crédito hubiera prescrito), la falta de alegación temporal de la repetida excepción material le ha inducido a interponer una demanda que de otro modo quizá no hubiera ejercitado, o la habría planteado en otros términos. (STS 2 marzo 2005 (rcud. 448/2004): 17 y 30 de abril 2007 (rcud-1586/2006); 30 mayo 2007 (rcud.2317/2006).

## VII. Parte dispositiva

*"Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:*

*1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dña Encarnación, representada y defendida por la Letrada Sra. Fernández López.*

*2) Casar y anular la sentencia no 804/2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 20 de septiembre de 2017.*

*3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole (no 165/2017) interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial.*

*4) Confirmar la sentencia no 401/2016 de 21 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social no 2 de Cartagena, en los autos no 690/2015, seguidos a instancia de dicha trabajadora recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial, sobre reclamación de cantidad.*

*5) Imponer al Fondo las costas, en cuantía de 800 euros, como consecuencia de la desestimación de su recurso de suplicación."*

## VIII. Pasajes decisivos

### 1. Vinculación con la congruencia

*"La STS de 2 de marzo de 2005 (rcud. 448/2004) puso de relieve la necesidad de que la causa por la que la Administración denegó lo solicitado no se altere en el caso de judicializarse el asunto. Recordemos el tenor de su pasaje central:*

*La excepción material de prescripción, por tratarse de un hecho excluyente, necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciado, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse de la prueba. Esto trae como consecuencia que su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición impide también su alegación en el seno del proceso, so pena de quebrantar la congruencia, pues la introducción de esta excepción por primera vez en el acto del juicio es sorpresiva para el actor y le causa indefensión, porque no le ha permitido preparar debidamente su defensa, si es que pensara que podría rebatir la alegación que en tal sentido se le hubiera hecho al resolver administrativamente su petición, o, en otro caso (esto es, si opinara que realmente su crédito hubiera prescrito), la falta de alegación temporánea de la repetida excepción material le ha inducido a interponer una demanda que de otro modo quizá no hubiera ejercitado, o la habría planteado en otros términos.*

### 2. Continuidad del planteamiento normativo

*Tanto la sentencia referencial cuanto otras vienen poniendo de relieve que respecto del problema analizado sigue siendo válida la doctrina construida bajo la vigencia de los anteriores textos procesales "pues el contenido de la LRJS en lo que aquí y ahora interesa no ha sufrido variación respecto a la LPL".*

### 3. Necesidad de alegar la prescripción

*Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, desde luego acogida por la sentencia de contraste, la excepción de prescripción constituye un hecho excluyente, necesitado de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciada, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse del expediente administrativo como pretende el recurrente.*

### 4. Necesidad de que la resolución administrativa invoque la prescripción

*Teniendo en cuenta lo expuesto en los apartados precedentes, la sentencia de contraste concluye así respecto de la prescripción:*

*Esto trae como consecuencia que su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición, impide también su alegación en el seno del proceso. La alegación sorpresiva para el actor, es sin lugar a dudas causa de indefensión, pues no ha podido preparar su defensa sobre este concreto extremo. "*

## **IX. Comentario**

La prescripción es una excepción en sentido propio, un hecho excluyente, que ha de ser forzosamente alegado por quien pretende valerse de ella, sin que pueda apreciarse de oficio por el órgano jurisdiccional. Siendo ello así, cuando es la Administración quien la opone, se plantea el problema de la vinculación de la Administración con la vía administrativa previa. El art.72 LRJS sienta el principio general, de vinculación respecto a la vía Administrativa previa.

La Administración, a diferencia de los particulares, cuenta con numerosos privilegios orientados a la defensa del interés público (art.103 CE), como la necesidad de la tramitación de un procedimiento administrativo previo en la que estima o deniega la pretensión formulada por el administrado, el cuál no puede impetrar la tutela judicial hasta haber agotado esa vía administrativa. -Esta particularidad de la Administración como sujeto demandado en los procesos ante la Jurisdicción Social tiene dos efectos muy concretos en la esfera jurídica del ciudadano.

Por de pronto, determina los contornos del derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano. En efecto, la estrategia de planteamiento de la acción y defensa de la pretensión se produce al momento previo a interponer la demanda, y la falta de alegación tempestiva de prescripción en la vía administrativa previa -de inexcusable agotamiento- puede llevarle a interponer una demanda que de otro modo- quizá no hubiera ejercitado, o la habría planteado en otros términos, como ha habia advertido el TS en otras sentencias [SSTS 2 marzo 2005 (rcud. 448/2004); 17 y 30 abril 2007 (rcud. 1586/2006 y 2582/2006); 30 mayo 2007 (rcud. 2317/2006)].

Por otro lado, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3 CE), impide que la Administración decida, a su capricho, ocultar excepciones materiales -como la prescripción- en la vía administrativa, reservándose su alegación sorpresiva en juicio. El deber de servir con objetividad los intereses generales erradica las actuaciones arbitrarias o encaminadas a restarle vías de defensa al ciudadano que acude ante los tribunales. Existe, pues, por decirlo así, un deber de la Administración de "mostrar todas sus cartas", desde la vía administrativa previa.

## **X. Apunte final**

El TS se había pronunciado sobre la necesidad de alegar en la vía administrativa previa la prescripción en procesos de prestaciones de Seguridad social (STS 23 julio 2015, rcud 2903/2014). En el presente caso dicha doctrina se aplica a las prestaciones de FOGASA. La diferencia entre las prestaciones de seguridad social y las prestaciones de FOGASA no es relevante para evitar consolidar en este último ámbito la doctrina sentada en el primero. En efecto, el núcleo de la cuestión radica en la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión del ciudadano, y la falta de alegación de la prescripción en la vía administrativa previa genera, sin lugar a dudas, su indefensión, sea cual sea la Entidad Gestora o Administración demandada y el tipo de prestación que se ventila en el expediente administrativo.