

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Por

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca
Magistrado suplente del TSJ de Madrid

jvivero@usal.es

Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)

Y yo diría más bien: “Nullum hominem a me alienum puto”;
soy hombre, a ninguno otro hombre estimo extraño.
El hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere,
el que come, y bebe, y juega y duerme, y piensa: el hombre
que se ve y a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano.
Miguel de Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida*¹.

RESUMEN: Ensayo sobre una temática inédita, la labor del Defensor del Pueblo en el campo de la seguridad social. Una labor tan útil para la ciudadanía y el Estado de derecho como desconocida en los ámbitos académico, judicial y profesional. Además de la divulgación del relevante papel del Defensor del Pueblo en el campo de la seguridad social, se ocupa esta investigación heterodoxa del análisis crítico del papel institucional del Defensor del Pueblo a partir de su relación con los tres poderes del Estado.

PALABRAS CLAVE: Defensor del Pueblo. Estado de derecho. Seguridad Social. Administración Pública.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y RAZONES DE UNA INVESTIGACIÓN HETERODOXA. II. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO ÁMBITO ESPECIALMENTE IDÓNEO PARA LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. La autointerpretación extensiva del mandato constitucional de supervisión de la Administración. 2. La gestión de la seguridad social como ámbito especialmente idóneo para la labor supervisora del Defensor del Pueblo. III. LA AMPLIA TIPOLOGÍA DE ACTUACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y SU PROYECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 1. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su origen. 2. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su contenido. IV. LA PERSUASIÓN COMO ÚNICA ARMA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN SU

¹ Cita con la que el primer defensor del pueblo, Joaquín Ruiz-Giménez Cortes, abrió el primero de los informes anuales de su mandato, el Informe anual a las Cortes Generales de 1983, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

TAREA CENTRAL DE SUPERVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: HACER DE LA NECESIDAD VIRTUD. V. LA SINGULAR NATURALEZA DE LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: LA CONCIENCIA CRÍTICA DEL ESTADO DE DERECHO. VI. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LOS PODERES DEL ESTADO: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA Y VÍAS DE HECHO PARA EL FORTALACIMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. El Defensor del Pueblo y el Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración). 2. El Defensor del Pueblo y el Poder Legislativo. 3. El Defensor del Pueblo y el Poder Judicial. 4. La necesidad de cambios internos en la institución del Defensor del Pueblo. VII. EL RIESGO DE MORIR DE ÉXITO.

OMBUDSMAN AND SOCIAL SECURITY

ABSTRACT: An essay on an unprecedented subject, the work of the Ombudsman in the field of social security. A task that is as useful for citizens and the rule of law as it is unknown in the academic, judicial and professional spheres. In addition to the dissemination of the relevant role of the Ombudsman in the field of social security, this heterodox research deals with the critical analysis of the institutional role of the Ombudsman based on his relationship with the three branches of government.

KEYWORDS: Ombudsman. Rule of law. Social security. Public Administration.

SUMMARY: I. INTRODUCTION: SCOPE AND REASONS FOR HETERODOX RESEARCH. II. THE MANAGEMENT OF SOCIAL SECURITY AS A PARTICULARLY SUITABLE AREA FOR THE OMBUDSMAN'S SUPERVISORY WORK. 1. The extensive self-interpretation of the constitutional mandate to supervise the Administration. 2. The management of social security as a particularly suitable sphere for the Ombudsman's supervisory work. III. THE EXTENSIVE TIPOLOGY OF THE OMBUDSMAN'S ACTIONS AND THEIR PROJECTION IN SOCIAL SECURITY. 1. The Ombudsman's actions according to their origin. 2. The Ombudsman's actions according to their content. IV. PERSUASION AS THE OMBUDSMAN'S ONLY WEAPON IN HIS CENTRAL TASK OF SUPERVISING THE ADMINISTRATION: MAKING A VIRTUE OUT OF NECESSITY. V. THE UNIQUE NATURE OF THE OMBUDSMAN'S SUPERVISORY WORK: CRITICAL AWARENESS OF THE RULE OF LAW. VI. THE OMBUDSMAN AND THE BRANCHES OF GOVERNMENT: PROPOSALS DE LEGE FERENDA AND DE FACTO WAYS OF STRENGTHENING THE OMBUDSMAN. 1. The Ombudsman and the Executive Power (Government and Administration). 2. The Ombudsman and the Legislative Branch. 3. The Ombudsman and the Judiciary. 4. The need for internal changes in the institution of the Ombudsman. VII. THE RISK OF DYING OF SUCCESS.

I. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y RAZONES DE UNA INVESTIGACIÓN HETERODOXA

Aunque la divulgación de la labor del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social está muy presente en este estudio, y seguramente no podría ser de otra manera dado el desconocimiento general a que de inmediato se hará referencia, la investigación va mucho más allá de la divulgación, de la experiencia vivida desde dentro², y pretende ser una típica aproximación académica, una mirada intelectual desde el exterior, centrada sobre todo en el papel institucional del Defensor del Pueblo y en su relación con los tres poderes del Estado, al hilo de una materia, la seguridad social, que ha tenido

² El autor de esta investigación fue durante más de tres años (de junio de 2019 a agosto de 2022) asesor del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social (acceso mediante concurso-oposición convocado en el BOE de 24 de enero de 2019).

siempre un lugar de honor dentro del amplio conjunto de ámbitos temáticos objeto de supervisión por parte del Defensor del Pueblo.

Otorga especial valor a esta investigación su carácter inédito, no ya para el autor, que también, sino para el conjunto de la comunidad de laboristas españoles³. Y tampoco en otras disciplinas jurídicas puede encontrarse una obra similar. Otra cosa son las aproximaciones generalistas de algunos constitucionalistas y administrativistas, una vez superada la inicial fase de generalizado desdén académico de los publicistas españoles, en unos casos de desconfianza hacia la novedosa institución sin la menor tradición en España, en otros de augurio de completa inutilidad, no faltando ejemplos del más absoluto desprecio, el de la omisión deliberada de la figura⁴.

En cuanto a las razones concretas para la elección de un tema de investigación ciertamente heterodoxo, además del carácter inédito ya señalado, habría que mencionar, al menos, las tres siguientes razones. Primera, la sorprendente (o quizá no) utilidad de las actuaciones del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social. Cuenta esta magistratura y esta institución con numerosas posibilidades para contribuir decisivamente a la solución de los problemas de muchos ciudadanos, muy humildes en lo económico y en lo cultural en la mayoría de los casos, mostrándose en general las diversas entidades que conforman la Administración de la seguridad social, más el

³ La excepción, muy lejana en el tiempo, corresponde a M. AZNAR LÓPEZ, «El Defensor del Pueblo y la protección del derecho a la Seguridad Social», en AA. VV., *Las Cortes Generales*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, pp. 639 ss. En cualquier caso, se trata, pese al título, de un estudio teórico y de corte generalista. Asimismo, aunque de nuevo sin llegar a ser una genuina aproximación a la labor del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social, A. CELI MALDONADO, *La interpretación de los derechos sociales por el Defensor del Pueblo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁴ Entre otros muchos, A. PÉREZ CALVO, «Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo», en *Revista de Derecho Político*, 1979, núm. 4, pp. 79 ss.; A. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, INAP, Madrid, 1981; V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, CEC, Madrid, 1982 (vol. I) y 1986 (vol. II); J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopía», en AA. VV., *Las Cortes Generales*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, pp. 311 ss. J. L. CASCAJO CASTRO, «Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1989, núm. 24, pp. 43 ss.; y H. OEHLIN RUIZ, «El Defensor del Pueblo. Algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional», en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, núm. 72, pp. 89 ss.

Más recientemente, J. M. VERA SANTOS, *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2002; P. CARBALLO ARMAS, *El Defensor del Pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003; G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2008; AA.VV., *El Defensor del Pueblo*, número monográfico de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, 2010, núm. 26, L. REBOLLO DELGADO, *La institución del Ombudsman en España*, Dykinson, Madrid, 2013; A. MORA LLADÓ, *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2017; F. L. DE ANDRÉS ALONSO, *Los Defensores del Pueblo en España*, Reus, Madrid, 2017, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del Pueblo: La conciencia crítica del Estado al servicio de los ciudadanos*, Atelier, Barcelona, 2021.

Gobierno de la nación cuando toca, sensibles a las consideraciones jurídicas, políticas y de otra índole trasladadas por el Defensor del Pueblo en defensa de la ciudadanía.

Segunda razón, acaso la más importante, el casi completo desconocimiento de las útiles labores del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social. Desconocimiento en los ámbitos académico y judicial. Y, lo que es más sorprendente, desconocimiento por parte de los muchos profesionales (abogados, graduados sociales y similares, gestores administrativos, etc.) que prestan servicios de gestión, asesoramiento y defensa letrada en este ámbito y que solo excepcionalmente acuden al Defensor del Pueblo en defensa de sus representados. Son curiosamente los funcionarios de la Administración de la seguridad social quienes con frecuencia alertan a los ciudadanos de su derecho a buscar asistencia jurídica ante el Defensor del Pueblo. Es verdad que a este desconocimiento ha contribuido también el propio Defensor del Pueblo, tal y como habrá ocasión de poner de manifiesto más adelante. Desconocimiento generalizado alimentado, asimismo, por la falta de estudios académicos: no se conoce la temática por que no hay estudios y no hay estudios porque no se conoce la temática.

Tercera razón, pese a que todos los poderes públicos están vinculados por el ordenamiento jurídico, incluida la jurisprudencia que integra el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), a nadie que conozca bien la Administración de la seguridad social le debería sorprender la cantidad de actuaciones y prácticas poco o nada respetuosas con el Estado de derecho, afortunadamente no generalizadas, pero tampoco marginales ni mucho menos. Desde este punto de vista, el Defensor del Pueblo constituye un privilegiado observatorio del funcionamiento de la Administración de la seguridad social, no pocas veces ajeno al Estado de derecho o en su resbaladizo borde. Al fin y al cabo, y según la anécdota que se le atribuye a uno de los primeros asesores del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social, proveniente precisamente de esa administración, la Constitución española habría entrado en vigor en la Administración de la seguridad social a través de una circular.

II. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO ÁMBITO ESPECIALMENTE IDÓNEO PARA LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. La autointerpretación extensiva del mandato constitucional de supervisión de la Administración

El artículo 54 CE, reproducido en lo esencial por el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante, LODP)⁵, configura el mandato del Defensor del Pueblo en términos relativamente precisos como institución de defensa de los derechos comprendidos en el título I de la CE mediante la supervisión de la actividad de la Administración Pública, sin perjuicio de que por la vía del recurso de inconstitucionalidad [art. 162.1.a) CE] el Defensor del Pueblo pueda actuar como garante de cualquier precepto constitucional, si bien en este caso no frente a la Administración sino frente al Poder Legislativo. Y también frente al Gobierno cuando asume el papel de legislador de urgencia (art. 86.1 CE), algo cada vez más habitual, con verdadera extraordinaria y urgente necesidad por medio o no.

Prescindiendo por el momento de esta última posibilidad, que otorga al Defensor del Pueblo español una extraordinaria singularidad dentro del Derecho comparado, y centrando la atención en el mandato del artículo 54 CE, conviene dejar sentado que el propio Defensor del Pueblo ha llevado a cabo desde el primer momento una interpretación muy extensiva de su mandato⁶, yendo en la práctica mucho más allá de la defensa de los derechos fundamentales en su concepción más laxa, la que identifica los derechos fundamentales con los derechos constitucionales del título I de la CE⁷. Es más, son los derechos económicos, sociales y culturales, mayoritariamente constitucionalizados bajo el ropaje de los principios rectores de la política social y económica, los que más necesitan la labor de tutela del Defensor del Pueblo⁸.

En efecto, en la actividad práctica del Defensor del Pueblo, sintetizada en los informes anuales ordinarios presentados ante las Cortes Generales y objeto de publicación analógica y digital, hay ejemplos de sobra que demuestran que la labor de garantía o defensa no se restringe ni mucho menos al ámbito de los derechos constitucionales del título I CE. Muchos derechos subjetivos sin reconocimiento constitucional son objeto de defensa por parte del Defensor del Pueblo. Es más, en la praxis del Defensor del Pueblo la categoría misma de los derechos subjetivos, y todo lo que conlleva en los planos sustantivo y procesal, no es nunca un freno u obstáculo para la labor de supervisión de la actividad de la Administración.

Trascendiendo con creces el mandato constitucional del artículo 54 CE, el Defensor del Pueblo se ha autoerigido en una institución de supervisión general de la actividad e

⁵ Ma. L. CAVA DE LLANO CARRIÓ, «Artículo 1», en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 57 ss.

⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe a las Cortes Generales 1983*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984, pp. 24 ss. (disponible en internet).

⁷ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.

⁸ Por todos, J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del ...», op. cit., p. 318.

inactividad de la Administración en relación con los ciudadanos, conectada o no con los derechos constitucionales del título I CE. De esta forma, y aunque sea por la vía de los hechos, el Defensor del Pueblo español se alinea con el modelo predominante en el Derecho comparado, el modelo que tiene sus raíces en los países nórdicos, con Suecia a la cabeza, pero que se ha extendido a otros muchos lugares como Reino Unido y Francia, siendo también la opción seguida por el Defensor del Pueblo europeo⁹. Asimismo, responde en la práctica el Defensor del Pueblo español a los principios de la llamada Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa¹⁰.

Administración Pública sujeta a la supervisión del Defensor del Pueblo que comprende tanto la Administración territorial como la Administración institucional en sus más variadas manifestaciones, estando asimismo sometidos a la tarea supervisora los particulares o sujetos privados cuando tengan encomendado el ejercicio de potestades administrativas, o bien intervengan como concesionarios de servicios públicos *stricto sensu*, tal y como establecen diversos preceptos de la LODP¹¹.

Amplitud de la tarea supervisora del Defensor del Pueblo que se manifiesta también en las frecuentes actuaciones dirigidas frente al Gobierno y no solo en calidad de cúspide o cabeza de la Administración Pública, sino en tanto que encarnación del Poder Ejecutivo del Estado (art. 97 CE). Bien es cierto que en relación con la actividad no administrativa del Gobierno las actuaciones del Defensor del Pueblo se mueven exclusivamente en el terreno de las recomendaciones sobre modificaciones normativas, de conformidad con la previsión del artículo 28.2 LODP.

Pese al desbordamiento del mandato constitucional y legal, el Tribunal Constitucional no ha tenido que parar los pies al Defensor del Pueblo ante la ausencia de conflicto constitucional alguno. Seguramente la ausencia de funciones verdaderamente decisorias y ejecutivas, moviéndose esta institución en el terreno de la mera persuasión y la

⁹ En sentido contrario, desde una concepción muy formalista y de espaldas a la realidad, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 86-87.

Para el Derecho comparado resultan imprescindibles, D. C. ROWAT (edit.), *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1973, A. LA PERGOLA, «Ombudsman y Defensor del Pueblo: Apuntes para una investigación comparada», en *Revista de Estudios Políticos*, 1979, núm. 7, pp. 69 ss., y V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del ...*, op. cit., passim (vol. I). Asimismo, las partes correspondientes de las monografías citadas en la nota 3 (párrafo segundo).

¹⁰ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, creada en 1990 como órgano consultivo del Consejo de Europa. Resulta fundamental el documento titulado «Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)», adoptado por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

Dice así el principio núm. 12: «El mandato del Defensor del Pueblo abarcará la prevención y corrección de la mala administración y la protección y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

¹¹ Artículos 9.1, 9.2 y 28.3 LODP.

auctoritas, explique la falta de conflictos constitucionales, aunque eso siempre podría cambiar y sería conveniente evitarlo de antemano, tal y como después habrá ocasión de manifestar.

2. La gestión de la seguridad social como ámbito especialmente idóneo para la labor supervisora del Defensor del Pueblo

Brevemente introducidos el mandato del Defensor del Pueblo y su interpretación extensiva en la práctica, es hora ya de descender al campo de la gestión de la seguridad social como ámbito especialmente idóneo para la labor supervisora del Defensor del Pueblo.

Por lo pronto, el régimen público de Seguridad Social está comprendido en el título I CE, concretamente en el artículo 41 como es de sobra sabido. Y aunque el Tribunal Constitucional ha entendido que dicho precepto contiene técnicamente una garantía institucional en lugar de un derecho subjetivo¹², lo cierto es que el artículo 1 LGSS alude inequívocamente al derecho de los españoles a la seguridad social, evidentemente con fundamento constitucional directo en el artículo 41 CE, y en otros preceptos constitucionales más (arts. 39 , 43 , 49 y 50 CE)¹³.

Ya se ha visto que la existencia de conexión constitucional fuerte no está siendo un impedimento para la labor de control de la Administración Pública en relación con los ciudadanos por parte del Defensor del Pueblo, pero ciertamente cuando dicha conexión existe con más motivo la labor supervisora del Defensor del Pueblo cobra pleno sentido¹⁴.

Si se hiciera una interpretación restrictiva del mandato del Defensor del Pueblo, ceñido a la defensa de los derechos constitucionales del título I CE, una parte muy

¹² Entre otras muchas, SSTC 37/1994 y 213/2005.

Por todos, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, «El art. 41 de la Constitución. Garantía institucional y compromisos internacionales», en *Revista de Seguridad Social*, 1982, núm. 15, pp. 77 ss., y A. OJEDA AVILÉS, «La garantía de un régimen público de Seguridad Social», en M.E. Casas Baamonde, J. Cruz Villalón, F. Durán López (Ed.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 927 ss.

¹³ J. L. MONEREO PÉREZ, «El derecho a la Seguridad Social», en C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez y M^a. N. Moreno Vida (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1425 ss. Asimismo, C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución», en AA. VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEPC, Madrid, 1980, pp. 301 ss., E. BORRAJO DACRUZ, «La Seguridad Social en la Constitución española», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1485 ss., y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

¹⁴ Así, M. AZNAR LÓPEZ, «El Defensor del ...», op. cit., p. 663.

relevante de las actuaciones del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social quedaría sin cobertura. Siendo como es el derecho constitucional a la seguridad social un derecho de configuración legal, como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Constitucional no pocas veces¹⁵, muchas de las posibles irregularidades o disfunciones administrativas en esta materia carecerían de relevancia constitucional, siendo cuestiones de mera legalidad ordinaria. Piénsese, por poner solo un ejemplo significativo, en la gestión recaudatoria a cargo de la TGSS. Por cierto, uno de los ámbitos temáticos de la seguridad social con mayor número de quejas de los ciudadanos. Se volverá sobre este asunto más adelante.

La especial idoneidad de la gestión de la seguridad social como ámbito para la labor supervisora del Defensor del Pueblo deriva, en primer lugar, del carácter público del sistema español de seguridad social por imperativo constitucional (art. 41 CE), con una gestión enmendada por ley a diferentes Administraciones institucionales (INSS, TGSS, SEPE, etc.), dependientes de la Administración General del Estado, con adscripción a diferentes ministerios. Y con un relevante papel en la gestión a cargo de las mutuas colaboradoras con la seguridad social, formalmente sujetos privados, aunque fuertemente rodeados de elementos de Derecho público. Y, en cualquier caso, sometidas las mutuas al control del Defensor del Pueblo cuando del ejercicio de potestades administrativas se trata. Cuestión distinta es que la supervisión de las mutuas en su relación con los ciudadanos no se efectúe de forma directa por el Defensor del Pueblo, sino a través de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones), de la que las mutuas dependen.

Contrasta, en este sentido, el amplio juego de las actuaciones del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social con el escaso papel de esta misma institución constitucional en el ámbito del Derecho del trabajo, en el que como es bien sabido los protagonistas suelen tener la condición de particulares o sujetos privados y además la Administración laboral ha ido progresivamente cediendo los amplios espacios de intervención pública que tuvo en el pasado. Por supuesto, las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la parcial publicación del conocido como Derecho del empleo y las residuales tareas de intervención administrativa en el mundo de las relaciones laborales también ocupan al Defensor del Pueblo, aunque sin comparación

¹⁵ Entre otras muchas, las SSTC 65/1987 y 49/1994. Amplio margen legislativo de configuración legal objeto de algunos interesantes votos particulares discrepantes a cargo del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré (por ejemplo, el voto particular a la STC 49/2015).

Por todos, M. R., ALARCÓN CARACUEL, «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social», en F. Rodríguez Sañudo, y F. Elorza Guerrero, (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 404 ss.

cuantitativa y cualitativa posible con el rol desempeñado en el campo de la seguridad social, que además se ve fuertemente enriquecido con la problemática del resto de subsistemas del sistema público de protección social, la sanidad, la dependencia y los servicios sociales primarios y secundarios.

En segundo, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la sanidad y la educación públicas, basadas muy preponderantemente en la prestación de servicios (*in natura*), el sistema de seguridad social está integrado fundamentalmente por prestaciones económicas, con unas precisas reglas o requisitos de acceso, que facilita que la labor de control del Defensor del Pueblo se mueva en un terreno eminentemente jurídico, sin perjuicio de la perspectiva política que de una u otra manera siempre está presente. En cambio, en la provisión pública de servicios, de prestaciones de servicios si se prefiere, el Defensor del Pueblo se encuentra en un terreno donde muchas veces las consideraciones jurídicas pasan a un segundo plano, predominando las consideraciones acerca de la mayor o menor calidad en la gestión de los servicios públicos, la suficiencia o insuficiencia de la financiación de los servicios públicos y otras consideraciones más de índole burocrática y política. Dicho de otra manera, cuando la labor de control se mueve en un campo predominantemente jurídico, tal y como sucede con la seguridad social, la supervisión del Defensor del Pueblo no solo es más rica e interesante, además de “tangible”, sino que suele alcanzar una mayor tasa de éxito.

En tercer lugar, la especial idoneidad de la que se viene hablando es en buena medida producto de la sobresaliente complejidad cuantitativa y cualitativa del Derecho de la seguridad social. Desde el punto de vista cuantitativo, la ordenación jurídica de la seguridad social es un territorio casi inabarcable. Y desde el plano cualitativo es de sobra sabido que las normas de seguridad social no son unas normas administrativas al uso, conteniendo un sinfín de singularidades y peculiaridades de no fáciles aplicación e interpretación¹⁶. Un entramado jurídico de gran complejidad, que se ve agravada por la constante labor integradora, cuando no abiertamente correctora, de la jurisprudencia ordinaria y en algunos casos de la jurisprudencia constitucional, más el protagonismo alcanzado en los últimos años por la doctrina del TJUE. Un Derecho, el de la seguridad social, en el que la discrepancia está a la orden del día, abonando así la intensa intervención del Defensor del Pueblo.

En cuarto lugar, pese a la profusa regulación jurídica de la seguridad social, sobre todo de rango reglamentario, este sector del ordenamiento jurídico es el paraíso del conocido como Derecho subterráneo, integrado por una retahíla de circulares,

¹⁶ Las singularidades y peculiaridades del Derecho de la seguridad social en relación con el Derecho administrativo general están muy presentes en la obra de J. MERCADER UGUINA, *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2017, así como en el largo y muy interesante prólogo a cargo de Luciano Parejo Alfonso.

instrucciones, criterios de gestión, órdenes de servicio, protocolos, etc., que no solo establecen procedimientos de gestión y pautas o criterios de actuación administrativa, más o menos necesarios, sino que someten el acceso a las prestaciones de seguridad social a nuevos requisitos, al tiempo que reinterpretan a su antojo los requisitos legales y reglamentarios, más otro tipo de prácticas de más que dudosa legalidad. Resulta fácil de advertir que en un contexto así la supervisión del Defensor del Pueblo resulte especialmente necesaria e idónea.

En quinto lugar, también contribuye a la especial idoneidad del campo de la seguridad social para la labor de control del Defensor del Pueblo el hecho de que tanto el Derecho de la seguridad social como la gestión pública del sistema sean de titularidad estatal, con la salvedad de la gestión autonómica de las pensiones asistenciales o no contributivas por invalidez y jubilación, y con la incertidumbre sobre la gestión futura del ingreso mínimo vital, ya transferida a dos comunidades autónomas por el momento, País Vasco y Navarra, con recurso de inconstitucional por medio¹⁷.

La exclusividad estatal conlleva la competencia exclusiva y excluyente del Defensor del Pueblo estatal, del pueblo de España si se prefiere, y ello, aunque, como sucede en muchas ocasiones, los interesados no formulen las quejas ante dicho defensor estatal, sino ante el defensor de su comunidad autónoma, de haberlo claro está, estando obligados por ley los defensores autonómicos a trasladar las quejas sobre seguridad social al Defensor del Pueblo español¹⁸. Algo que no sucede, por ejemplo, en ámbitos tan importantes como la sanidad, la educación, la dependencia, los servicios sociales y un largo etcétera. Y tampoco, por cierto, en materia de empleo y relaciones laborales al recaer la gestión y la ejecución de la legislación laboral en las comunidades autónomas.

En fin, corrobora la especial idoneidad de la gestión de la seguridad social para la actuación supervisora del Defensor del Pueblo el elevado número de expedientes (quejas, actuaciones de oficio y solicitudes de recursos ante el Tribunal Constitucional) adscritos a este ámbito todos los años¹⁹. Ya en el primer año de funcionamiento de la institución la materia estrella fue la seguridad social²⁰.

¹⁷ Disposición adicional 5ª de la Ley 19/2021 recurrida por VOX con admisión a trámite del recurso por parte del Tribunal Constitucional (BOE, 22 de abril de 2022).

¹⁸ Artículos 12 LODP y 28 ROFDP. Asimismo, Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas.

Por todos, véase, J. BERMEJO VERA, «El Defensor del Pueblo y las figuras similares autonómicas: alcance de la coordinación y cooperación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 19990, núm. 66, pp. 509 ss, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 219 ss.

¹⁹ En el año 2021, de un total de 29401 expedientes, 3661, el 13,4% del total, pertenecen al campo de la seguridad social y el empleo, siendo este último marginal en comparación con el

Contrasta, sin embargo, la enorme importancia estadística de las actuaciones del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social con la escasa presencia de este tipo de investigaciones en los medios de comunicación, en buena medida por la propia decisión del gabinete de prensa del Defensor del Pueblo, que prefiere poner el foco en otros asuntos supuestamente más mediáticos (sanidad, inmigración, menores tutelados, violencia de género, etc.)²¹. La propia organización interna del Defensor del Pueblo mediante áreas de actividad es representativa de la escasa importancia que desde hace tiempo se le viene dando al campo de la seguridad social, que no figura expresamente en el rótulo de la correspondiente área, denominada “sanidad y políticas sociales”, y ello pese a acaparar todos los años la seguridad social muchas más quejas que la sanidad y las políticas sociales (servicios sociales y dependencia)²². De ahí el desconocimiento académico, judicial y profesional de las útiles labores del Defensor del Pueblo en el ámbito de la seguridad social a que antes se hacía referencia.

III. LA AMPLIA TIPOLOGÍA DE ACTUACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y SU PROYECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La amplia tipología de actuaciones del Defensor del Pueblo, con la correspondiente proyección ejemplificativa en materia de seguridad social, puede ser clasificada con arreglo a diferentes criterios, interesando aquí dos de esos criterios. El primero, el origen

primero. Se trata del área de actuación del Defensor del Pueblo con un mayor porcentaje de expedientes. Y una situación muy parecida puede apreciarse en los informes anuales de años anteriores.

Adviértase que la mayoría de las quejas individuales, que constituyen el grueso de los expedientes tramitados por el Defensor del Pueblo, plantean problemas de inequívoco alcance general y así se encauzan por el Defensor del Pueblo, combinando la solución del caso concreto con la búsqueda de una solución de alcance general, con miles y miles de afectados reales o potenciales por medio. Luego, las quejas individuales presentadas todos los años y reflejadas en la estadística oficial constituyen tan solo la punta del iceberg de las actuaciones del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social.

²⁰ J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del ...», op. cit., p. 327.

²¹ De manera muy elocuente, en el apartado que abre el Informe anual de 2021, denominado “presentación”, no se contiene ninguna referencia explícita al ámbito de la seguridad social. Así, *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2022, pp. 5-12. Además de la versión en papel, puede verse también la versión digital en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

En cuanto a los medios de comunicación, y durante el mes de marzo de 2022, brillan por su ausencia los titulares relativos a la actuación del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social al hilo de la presentación del Informe anual 2021 ante el Congreso de los Diputados.

²² En la página web oficial del Defensor del Pueblo puede encontrarse la organización interna mediante áreas de actividad, así como los informes anuales con las estadísticas sobre los expedientes adscritos a los ámbitos temáticos de la seguridad social, la sanidad y las políticas sociales.

o desencadenante de las actuaciones. El segundo y más importante, el contenido de las actuaciones.

1. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su origen

Con arreglo al primer criterio clasificatorio, las actuaciones del Defensor del Pueblo pueden iniciarse de oficio o a instancia de parte (art. 9.1 LODP). A su vez, cabe distinguir entre los interesados individuales o colectivos que plantean problemas a través de quejas y peticiones de recursos ante el Tribunal Constitucional y los parlamentarios de las Cortes Generales que solicitan del Defensor del Pueblo la supervisión de la Administración Pública.

Aunque la LODP prevé la intervención del Defensor del Pueblo a instancia de cualquier parlamentario (congresista o senador) o de las diversas comisiones parlamentarias (sectoriales, de investigación y, en especial, la Comisión Mixta Congreso-Senado)²³, y aunque no faltan ejemplos de solicitudes razonadas por esta vía²⁴, se trata de una modalidad *de facto* excepcional y en el ámbito de la seguridad social inédita, durante los últimos años al menos.

Las actuaciones de oficio, pese a su relativa escasez²⁵, revisten una especial importancia pues responden a problemas generales de cierta enjundia. El Defensor del Pueblo, los adjuntos y los asesores han de estar bien informados sobre la actualidad de la seguridad social para poder iniciar actuaciones de oficio con un mínimo de fundamento, sin perjuicio del resultado final. Está en juego el prestigio de la institución, su más valioso activo, especialmente visible en las actuaciones de oficio. Dispone para ello de un bien dotado gabinete de prensa y comunicación, que recoge diariamente la actualidad informativa en este ámbito y en otros muchos más. También teóricamente el Defensor del Pueblo podría tener noticias sobre posibles irregularidades administrativas de alcance general a través de la Fiscalía General del Estado (art. 25.3 LODP), pero en la práctica esta es una vía sin antecedentes.

Un ejemplo extraordinariamente reciente e importante de actuación de oficio tiene que ver con uno de los aspectos más novedosos de la reforma laboral de 2021, los ERTE del

²³ Artículos 10.2 y 31.2 LODP.

²⁴ En el año 2021, del total de 29401 expedientes tramitados por el Defensor del Pueblo únicamente 48 traen causa de peticiones razonadas de origen parlamentario. Los datos estadísticos del Informe anual de 2021 se encuentran desglosados en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

²⁵ En el año 2021, del total de 29401 expediente tramitados por el Defensor del Pueblo tan solo 99 corresponden a actuaciones de oficio. Y de esas 99 actuaciones de oficio tan solo 4 en el ámbito de la seguridad social. Los datos estadísticos del Informe anual de 2021 se encuentran desglosados en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Mecanismo RED del artículo 47 bis ET²⁶. En concreto, con la prestación extraordinaria por desempleo de la disposición adicional 41ª LGSS, producto del Real Decreto-ley 32/2021, que introduce una diferencia de trato entre la pluriactividad y el pluriempleo (DA 41ª.6 LGSS), no solo cuestionable en términos políticos, sino de dudosa constitucionalidad a la vista del principio de igualdad de trato del art. 14 CE. Y es que mientras la prestación extraordinaria por desempleo resulta incompatible con cualquier trabajo por cuenta propia, aunque no dé lugar a retribución alguna o a una retribución económicamente insignificante, no sucede otro tanto con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, perfectamente compatible y además con el privilegio de la ausencia de minoración del importe de la prestación extraordinaria por desempleo, a diferencia de lo que sucede en este mismo escenario con la prestación ordinaria contributiva por desempleo (art. 282.1 LGSS). Actuación de oficio ante el Ministerio de Trabajo y Economía Social tendente no a la supresión del privilegio en el caso del pluriempleo, sino a la admisión de la compatibilidad en el supuesto de la pluriactividad²⁷.

Con todo, el grueso de las actuaciones del Defensor del Pueblo tiene su origen en las quejas (y en las peticiones de recursos ante el Tribunal Constitucional) presentadas por los interesados, con un criterio de legitimación activa extraordinariamente amplio y antiformalista, facilitado además por la jurisprudencia que ha venido ensanchando el concepto procesal de interés legítimo. Pueden, en este sentido, presentar quejas cualesquiera personas físicas, al margen de la nacionalidad e incluso de la residencia efectiva en España, de la edad, de las eventuales restricciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, etc. (art. 10.1 LODP). Asimismo, cualesquiera personas jurídicas y también los colectivos o plataformas informales y sin personalidad jurídica.

2. Las actuaciones del Defensor del Pueblo según su contenido

El segundo criterio clasificatorio atiende al contenido de las actuaciones y presenta una notable variedad, procediendo a continuación a la presentación solo de las

²⁶ J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, «El mecanismo RED: un marco estable para preservar el empleo», en *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 88, pp. 1-23 de la versión digital.

²⁷ A la fecha de cierre de este trabajo no había todavía respuesta oficial de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social. A buen seguro, en el Informe anual de 2022 se dará cuenta del resultado de esta actuación de oficio.

principales actuaciones del Defensor del Pueblo y a su ejemplificación en el ámbito de la seguridad social, dejando fuera otras muchas actuaciones de menor importancia²⁸.

Hay hasta cinco tipos principales de actuaciones del Defensor del Pueblo según su contenido: las que se desenvuelven exclusivamente con las personas que presentan quejas individuales o colectivas rechazadas o no admitidas a trámite; las que se dirigen a la Administración y al Gobierno por posibles irregularidades administrativas bien singulares bien generales; las que pretenden del Gobierno una alteración del ordenamiento en vigor; las derivadas de conductas o comportamientos de los empleados públicos o de las autoridades administrativas susceptibles de depuración de responsabilidad disciplinaria; y las acciones ante la jurisdicción ordinaria o ante el Tribunal Constitucional, destacando sobremanera la interposición del recurso de inconstitucionalidad²⁹.

2.1. Las actuaciones que se desenvuelven exclusivamente con los quejosos

Un porcentaje muy elevado de quejas, superior al 50%, concluye mediante una decisión de rechazo o no admisión por carencia de fundamento (art. 17.3 LODP), en concreto por la inexistencia de irregularidad, disfunción o deficiencia alguna de la correspondiente Administración, sin que el campo de la seguridad social sea una excepción. En este tipo muy abundante de quejas no suele limitarse el Defensor del Pueblo sin más a la inadmisión a trámite, procediendo habitualmente a una asequible y detallada, además de rigurosa, explicación del motivo o de los motivos por los que no tendría razón jurídica el interesado quejoso, por mucho que este estuviera firmemente convencido de lo contrario. Una tarea de empatía y de consolación, además de pedagogía, que contrasta con la frialdad, oscuridad y racanería argumentativa de la mayoría de los actos y resoluciones administrativas, las más de las veces ininteligibles para los legos en derecho y quizá también para los no tan legos.

²⁸ Por ejemplo, las actuaciones de rechazo o no admisión a trámite de las quejas ante el manifiesto incumplimiento de los mínimos requisitos formales y materiales de los artículos 15, 17.2 y 17.3 LODP: quejas anónimas, quejas sin firma, quejas basadas en hechos conocidos por el interesado más de un año antes de la presentación de la queja, quejas sobre asuntos con judicialización por medio, quejas en las que se “advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión (por ejemplo, las quejas puramente informativas), así como aquellas otras cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Igualmente, el rechazo o no admisión de las quejas preventivas, sin una previa actuación de la Administración susceptible de supervisión, así como de las quejas expresivas de problemas entre particulares, no sometidos a la actuación de supervisión del Defensor del Pueblo, salvo ejercicio por los particulares de potestades administrativas o la gestión (indirecta) de servicios públicos.

²⁹ Una clasificación similar puede verse en J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del ...», op. cit., pp. 320-321.

Las motivaciones puramente genéricas y de difícil inteligencia de las resoluciones administrativas desfavorables o de gravamen, ya muy extendidas con anterioridad a la automatización de las actuaciones administrativas, son tras la automatización (total o parcial) casi el único tipo de resoluciones en el tráfico jurídico-administrativo, desde luego en el propio de la seguridad social sin la menor duda. Y siendo eso malo todavía peor es que el modelo se reproduzca cuando de la resolución de recursos administrativos se trata, con la consiguiente desinformación de los interesados, que no acaban de saber, por ejemplo, por qué no tienen derecho a una prestación de seguridad social hasta que el Defensor del Pueblo les explica como es debido el motivo o los motivos de la denegación administrativa de la prestación de seguridad social interesada.

Esta actuación informativa y pedagógica del Defensor del Pueblo no está expresamente contemplada en su normativa reguladora³⁰, constituyendo una vía de hecho, una más de las tan habituales prácticas de hecho a las que recurre esta institución constitucional, por supuesto siempre con un criterio discrecional. Evidentemente, el Defensor del Pueblo podría ahorrarse este tipo de actuaciones si los canales internos informativos y de reclamaciones de las diferentes administraciones y organismos públicos, previstos en sus cartas de servicios, funcionasen bien de verdad y no se limitasen a generar respuestas estandarizadas, que dejan a los interesados con la misma sensación de insatisfacción informativa que les producen las resoluciones administrativas desfavorables y de gravamen, yermas de una suficiente y comprensible motivación.

Son también muy abundantes las quejas rechazadas o no admitidas ante la inexistencia de una clara e indiscutible irregularidad administrativa, pero en las que, a diferencia del supuesto anterior, el ciudadano podría llegar a tener razón, consistiendo la tarea del Defensor del Pueblo en indicarle la vía a seguir y los pasos a dar, tal y como posibilita, que no impone, el artículo 17.1 LODP.

Un par de ejemplos ilustrativos de este tipo de actuaciones, muy frecuentes en el campo de la seguridad social, se añaden a continuación. Primero, la denegación por el INSS o el Instituto Social de la Marina de la pensión por incapacidad permanente pese a la concurrencia de un cuadro clínico con unas secuelas (limitaciones orgánicas o funcionales) de notable intensidad. Desde el Defensor del Pueblo se informa de los posibles pasos a seguir, empezando por la presentación de la reclamación administrativa previa, incluso fuera de plazo o reiterando la ya desestimada en su día (art. 71.4 LRJS), algo completamente desconocido por los interesados. Y continuando con la presentación

³⁰ Aunque el artículo 17.1 LODP establece que el rechazo o inadmisión de una queja se hará mediante escrito razonado, nada dice la norma legal sobre el contenido del razonamiento de la inadmisión, que bien pudiera ser mucho más escueto y genérico de lo que en la práctica habitual del Defensor del Pueblo en este asunto resulta.

de una demanda ante la jurisdicción social, con petición de intervención del médico forense y, en su caso, con solicitud de abogado de oficio. Téngase en cuenta que buena parte de los quejosos son personas en situación de vulnerabilidad económica, sin conocimiento de su derecho al beneficio de justicia gratuita.

Segundo ejemplo, con un sinfín de quejas todos los años, el embargo por la TGSS de la cuenta bancaria donde se ingresa un salario o una prestación o ayuda social inferior al importe del salario mínimo interprofesional (SMI, en adelante), inembargable por ley (art. 607 LEC y otros preceptos legales concordantes). En este escenario se aconseja al deudor con la seguridad social en vía ejecutiva o de apremio que presente un recurso de alzada frente a la correspondiente diligencia de embargo, justificando el concepto de la transferencia bancaria como ingreso inembargable por ley, y acompañando los movimientos de la cuenta bancaria durante los tres meses anteriores al embargo. En todos estos casos, como no podría ser de otra manera, la TGSS acaba devolviendo el importe de la cuenta bancaria indebidamente embargado. Asimismo, se informa a los quejosos de algo que suelen desconocer y es que si el concepto inembargable no se gasta o retira íntegramente en el mes del ingreso en la cuenta bancaria y pasa parcialmente al siguiente mes se convierte automáticamente, conforme al artículo 171.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en ahorro susceptible de embargo sin obstáculo alguno³¹.

Por último, cuando una queja denuncia una supuesta irregularidad, disfunción o deficiencia administrativa, o bien la severidad y la injusticia (material) derivadas de la rigurosa aplicación de una norma en vigor, y el Defensor del Pueblo así lo considera también, pero esa supuesta irregularidad o esa supuesta injusticia ya ha sido objeto de actuaciones anteriores del Defensor del Pueblo sin éxito, se rechaza la queja y se informa al interesado de forma sucinta de las actuaciones anteriores infructuosas, aconsejándole, en su caso, la judicialización del problema objeto de la queja, aportándole fundamentos jurídicos para la eventual judicialización.

Un ejemplo de este tipo de intervenciones del Defensor del Pueblo puede encontrarse en la práctica administrativa seguida por el SEPE con sus deudores, incluso encontrándose ya la deuda en vía ejecutiva o de apremio, con gestión a cargo de la TGSS. Cuando los deudores acceden a una nueva prestación contributiva (ordinaria o extraordinaria por ERTE) por desempleo o a un nuevo subsidio asistencial (ordinario o extraordinario) por desempleo, incluso a una renta activa de inserción, el SEPE procede al descuento o compensación de la totalidad de la nueva percepción económica por

³¹ Véase la interpretación que del artículo 171.3 de la Ley General Tributaria lleva a cabo en el ATS, 3ª, 26-9-2019, rec. 889/2019.

desempleo³². Descuento o compensación total al amparo del artículo 34 del Real Decreto 625/1985, que ni siquiera contempla expresamente la figura de la compensación total, con clara contravención de la jurisprudencia del Supremo sobre el reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas y la necesidad de salvaguardar el ingreso mínimo de subsistencia, igual al importe de las pensiones asistenciales por invalidez y jubilación³³. Incluso esa práctica administrativa del SEPE podría resultar contraria a la peculiar doctrina del TEDH sobre la protección de las ayudas sociales (indebidamente percibidas por error de la Administración) de la mano del derecho de propiedad³⁴.

La inadmisión a trámite de este tipo de quejas responde a un elemental principio de economía, no teniendo sentido, salvo la aparición de elementos novedosos, la apertura de nuevas actuaciones abocadas de antemano al fracaso. Por supuesto, cuando se produce un cambio de ministro o ministra, e incluso un cambio en la cúpula de la correspondiente Administración institucional de la seguridad social, es habitual aprovechar una queja nueva para volver a la carga, defendiendo lo ya defendido en el pasado sin éxito, esperando tener una mejor acogida. Prueba evidente de que en las actuaciones del Defensor del Pueblo el componente político juega un relevante papel. Y de no aparecer una queja nueva, siempre podría acudir a la actuación de oficio.

2.2. Las actuaciones de supervisión de la Administración ante posibles irregularidades singulares y/o generales

³² Esta problemática y las correspondientes recomendaciones del Defensor del Pueblo, hasta la fecha sin éxito, están presentes en los informes anuales de 2019, 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Véase, J. A. MARTÍNEZ LUCAS, «La compensación de deudas con la Seguridad Social», en *Aranzadi Social*, 1998, núm. 5, pp. 1139 ss.

³³ SSTs, 4ª, 30-9-2000, rrcud 3441/1999 y 972/1998, y 10-10-2001, rcud 675/2001.

Criterio jurisprudencial acogido por la vigente versión del artículo 4 del Real Decreto 148/1996, que no se aplica a las prestaciones por desempleo, que se rigen por la imprecisa regla de compensación del artículo 34 del Real Decreto 625/1985.

³⁴ STEDH, 26-4-2018, asunto Cakarevic vs. Croacia.

Doctrina del TEDH asumida en España por algunos tribunales superiores de justicia, precisamente en asuntos de reintegro de prestaciones o subsidios por desempleo indebidamente percibidos. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña, 9-4-2019, rec. 5480/2018, y STSJ de Madrid, 1-12-2020, rec. 559/2020.

Son también muy frecuentes las quejas que se limitan a lamentar el excesivo retraso en la resolución expresa de los correspondientes expedientes administrativos, con superación con creces en el ámbito de la seguridad social de los plazos del Real Decreto 286/2003, y de otras muchas normas legales y reglamentarias más.

Aunque con anterioridad a la pandemia de la covid-19 la superación de los plazos administrativos por parte de las entidades gestoras y colaboradoras de la seguridad social era excepcional, el crecimiento exponencial de los procedimientos administrativos asociados al llamado escudo social frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, más los expedientes de siempre, más la muy compleja gestión del ingreso mínimo vital, ha acabado por descoser las ya tensas costuras del aparato burocrático de gestión de la seguridad social tras muchos años de constante pérdida de empleados públicos (raquítica tasa de reposición durante casi toda la segunda década del siglo XXI), pasando a ser el retraso en la resolución expresa de los expedientes administrativos algo habitual³⁵.

Una dolorosa prueba de que las administraciones modélicas (lo eran el INSS, la TGSS y el SEPE) pueden dejar de serlo a base de abandono y de sobrecarga de trabajo, abocadas irremediabilmente al colapso. Los ejemplos de retraso serían innumerables y relativos a todas las prestaciones de seguridad social, destacando negativamente, a este respecto, la incapacidad temporal, la incapacidad permanente, el ingreso mínimo vital y la prestación extraordinaria por desempleo por ERTE.

Puesto que el artículo 17.2 LODP otorga un mandato especial al Defensor del Pueblo para velar por la resolución expresa, en tiempo y forma, de los procedimientos administrativos iniciados a instancia de los interesados, este tipo de quejas son siempre de admisión, si acaso con la condición de que el retraso tenga una cierta entidad, discrecionalmente apreciada por el Defensor del Pueblo.

Este tipo de investigaciones, extraordinariamente simplistas, suele concluir con la resolución expresa del correspondiente procedimiento administrativo gracias a la intervención del Defensor del Pueblo, poniendo fin a una demora que de otra manera se habría prolongado todavía más para desesperación de los interesados que con más frecuencia acuden al Defensor del Pueblo, los más necesitados de entre los necesitados, sin recursos económicos propios y sin redes familiares y de amistad de apoyo, según su

³⁵ En los primeros días de abril de 2022 eran numerosas las noticias en la prensa sobre el colapso de la seguridad social ante la pérdida de efectivos personales durante la última década y ante las jubilaciones masivas de los próximos años, más otros factores estructurales y coyunturales. Por ejemplo, véase el siguiente link: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/07/economia/1649344254_939535.html

Asimismo: https://www.abc.es/economia/abci-plantilla-seguridad-social-advierte-escriva-colapso-falta-personal-y-ultima-movilizaciones-202204071322_noticia.html

versión de los hechos, claro está. En el campo de la seguridad social los ejemplos son innumerables, aunque no suele haber rastro externo y público de los mismos ante la ausencia de resoluciones formales (sugerencias y recomendaciones) del Defensor del Pueblo y dada la no incorporación de esas quejas casuísticas en los informes anuales³⁶.

En el tira y afloja característico de estas investigaciones no faltan respuestas de las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social acerca del silencio administrativo negativo del artículo 129.3 LGSS, lo que sistemáticamente se traduce en escritos del Defensor del Pueblo recordando que el silencio administrativo negativo es una ficción legal al servicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁷, que en ningún caso exonera a la Administración o a la mutua colaboradora de su obligación legal de resolución de forma expresa. Escritos contundentes del Defensor del Pueblo tras lo que curiosamente se procede de inmediato a la resolución expresa en cuestión³⁸.

Junto al problema concreto del retraso que se da en este tipo de quejas individuales, suele haber también una problemática general, fácil de comprobar a la vista de las quejas de similar contenido, que conduce al Defensor del Pueblo al empleo de una de las cuatro resoluciones formales del artículo 30.1 LODP, el recordatorio de deberes legales. Quizá el ejemplo más recurrente y desesperante en el ámbito de la seguridad social sea el que periódicamente se formula al INSS en materia de expedientes administrativos de determinación de la contingencia de los procesos de incapacidad temporal, que en muchas direcciones provinciales de esa entidad gestora supera el plazo de un año, cuando el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009 habla de días³⁹.

³⁶ En el Informe anual de 2019, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, puede encontrarse un ejemplo de resolución expresa del pago directo de la incapacidad temporal por parte del INSS ante el incumplimiento empresarial del pago delegado gracias a la intervención del Defensor del Pueblo, agilizando notablemente la resolución de un expediente administrativo tramitado con suma parsimonia (queja 19021445).

³⁷ Por todas, STC 52/2014, de 10 de abril.

³⁸ Por poner solo un ejemplo, en el Informe anual de 2020, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, se da cuenta de la actuación del Defensor del Pueblo tendente a la asunción por las mutuas colaboradoras de su obligación legal de resolver en forma y plazo los expedientes en los que ejerzan potestades administrativas, lo que acontece cuando se les exige responsabilidad patrimonial por posible mala praxis sanitaria en supuestos de asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales. Obligación de resolución expresa defendida por el Defensor del Pueblo y hecha suya también por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, con comunicación interna a todas las mutuas colaboradoras (queja 19022237). Véase también el recordatorio del deber legal de las mutuas colaboradas resolver en forma y plazo las reclamaciones administrativas previas al hilo de la queja 20024331 (disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo).

Véase, F. LOZANO LARES, «El régimen jurídico de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social», en *Revista de Información Laboral*, 2016, núm. 12, pp. 71 ss.

³⁹ En la página web oficial del Defensor del Pueblo pueden encontrarse numerosos ejemplos de recordatorios de deberes legales en relación con este asunto. Uno de ellos puede verse en el siguiente enlace:

El recordatorio del deber legal de resolver de forma expresa, en tiempo y forma, de conformidad con los artículos 21 y 29 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, dedicando, en su caso, un mayor número de medios materiales y de empleados públicos, lamentablemente siempre cae en saco roto. Una prueba de libro de la extrema dificultad del Defensor del Pueblo para proyectar su labor supervisora sobre la gestión burocrática de los servicios públicos, sobre la autoorganización administrativa o la mala administración *ad intra*. Mala administración *ad intra* susceptible de supervisión por parte del Defensor del Pueblo en la medida en que incida directa o indirectamente sobre los administrados⁴⁰, y eso casi siempre suele suceder, al menos en la gestión de la seguridad social.

También hay investigaciones del Defensor del Pueblo, de oficio o a instancia de parte, con incidencia en la autoorganización administrativa, en la gestión burocrática de los servicios públicos y de las unidades administrativas, incluida la organización del trabajo en la medida en que repercuta en el servicio público y en la atención prestada a los administrados.

Con ocasión de la pandemia de la covid-19 se han multiplicado las investigaciones de este tipo, con especial énfasis en el mundo administrativo de la seguridad social. Destacan, a este respecto, las actuaciones por la ausencia de atención presencial en numerosas dependencias de las Administraciones institucionales de la seguridad social⁴¹. Por el muy deficiente servicio de atención presencial exclusivamente mediante cita previa, que incomprensiblemente viene arrojando un número de ciudadanos atendidos diariamente muy inferior al de los atendidos cuando se combinaba la atención mediante cita previa y la atención sin cita previa y número de turno como en los puestos de los mercados. Por la pésima atención del servicio telefónico, siempre ocupado y encima de pago. Y, en fin, por los nada *friendly*, permítase la cursilería, servicios telemáticos a través de las páginas web y las aplicaciones de la seguridad social y el SEPE, nada que ver con esos mismos servicios en el sector privado y en parte del sector público: la AEAT como mejor ejemplo.

<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/determinacion-de-un-contingencia-de-un-proceso-de-incapacidad-temporal/>

También pueden verse otros ejemplos (queja 19014877) en el Informe anual de 2019, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

⁴⁰ La controversia doctrinal acerca de la mala administración *ad intra* y la labor de supervisión del Defensor del Pueblo puede verse en L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 91 ss.

⁴¹ El último ejemplo de actuaciones del Defensor del Pueblo ante la seguridad social y el SEPE por las carencias e irregularidades de la atención presencial a los ciudadanos, de finales de abril de 2022, puede verse en el siguiente enlace:

<https://www.defensordelpueblo.es/noticias/inicia-dos-actuaciones-oficio/>

En todos estos asuntos, expresivos de la desesperación y la impotencia de la ciudadanía incomprensiblemente desinformada y desatendida, y en otros más similares, el Defensor del Pueblo se viene mostrando particularmente activo, obteniendo algunas mejoras, sobre todo en los servicios telemáticos, pero sin lograr dar a la ciudadanía desesperanzada una respuesta satisfactoria.

Particularmente odiosa es la situación de la TGSS, cerrada a cal y canto desde marzo de 2020, al tiempo que todo lo demás hace mucho tiempo que abrió sus puertas, con notables restricciones al principio, con disminución de las restricciones después y desde la primavera de 2022 sin restricciones de ningún tipo. Es verdad que el grueso de las personas físicas y jurídicas que se relacionan con la TGSS lo hacen de forma electrónica y además están jurídicamente obligados a ello⁴², pero también es cierto que hay colectivos que ni tienen esa obligación jurídica ni tienen la suficiente cultura digital y se encuentran incomprensiblemente con las puertas de la TGSS cerradas *sine die*, ya sin la excusa de la pandemia de la covid-19. Es el caso, por poner dos ejemplos muy elocuentes, de las empleadas del hogar, mayoritariamente extranjeras y con un nivel educativo bajo, seguramente también en lo digital, y de los empleadores del hogar, muchos de ellos ancianos singularmente penalizados por la brecha digital, que más que brecha es sima⁴³.

Resultan especialmente relevantes las actuaciones del Defensor del Pueblo ante quejas de ciudadanos que aparentemente pudieran tener razón, siempre jurídicamente hablando y según el juicio subjetivo del Defensor del Pueblo. Ciudadanos perjudicados por algún tipo de irregularidad, disfunción o deficiencia administrativa en las actuaciones administrativas formalizadas, en las omisiones de actuación y en las vías materiales de hecho sin suficiente cobertura jurídica: ni normativa ni jurisprudencial ni en las diferentes manifestaciones del llamado Derecho administrativo subterráneo (circulares, instrucciones, órdenes de servicio, etc.). Asimismo, las actuaciones, omisiones y vías de hecho frontalmente ilícitas, contrarias a Derecho, incluida la contravención de la jurisprudencia, fundamental en el campo de la seguridad social. E, igualmente, las

⁴² Orden ISM/903/2020, de 24 de septiembre, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social.

⁴³ Para colmo los titulares del hogar familiar, empleadores de empleadas del hogar, en muchos casos de edad muy avanzada, están recibiendo en los últimos meses providencias de apremio (deuda en concepto de principal y de recargo) por parte de la TGSS por infracotización al correspondiente sistema especial del régimen general al no haber tenido en cuenta las subidas anuales del SMI, sin que inexplicablemente la TGSS aplicase de oficio la acomodación de las cotizaciones sociales a las subidas anuales del SMI. Providencias de apremio sin la menor información y ante las que los titulares del hogar familiar no tienen más remedio que reaccionar telemáticamente, tarea imposible en muchos casos. Puesto que hay varias actuaciones del Defensor del Pueblo ante la TGSS abiertas por este motivo, a buen seguro en el informe anual de 2022 se dará cuenta de esta problemática, de las propuestas del Defensor del Pueblo y de la aceptación o no por parte de la TGSS.

actuaciones administrativas sustentadas en una interpretación (y/o aplicación) del Derecho heterodoxa, en perjuicio de los administrados y a favor de la Administración, con difícil encaje en el habitual juego de los criterios interpretativos del artículo 3.1 CC, más el auxilio último o de cierre del principio jurisprudencial probeneficiario en el mundo prestacional de la seguridad social⁴⁴.

La admisión a trámite de este tipo de quejas tiene una primera fase de investigación acerca del panorama fáctico, dirigida a contrastar la versión de los hechos del quejoso con la versión de los hechos de la Administración institucional de la seguridad social objeto de supervisión. También contempla esta primera fase la aportación por la Administración de la fundamentación jurídica de la actuación administrativa, la omisión o la vía material de hecho con sospecha de irregularidad, disfunción, deficiencia, ilicitud, interpretación heterodoxa, etc., yendo más allá de donde se hubiera ido, en el caso de las resoluciones administrativas con las habituales motivaciones jurídicas tan escuetas como genéricas o estandarizadas.

Si tras la fase inicial de investigación el Defensor del Pueblo corroborase la existencia de una irregularidad administrativa en sentido amplio, a su juicio no dirimente desde luego, las actuaciones subsiguientes irían encaminadas a la búsqueda de una solución de entre las varias posibles que conoce el Derecho administrativo, en función de las características del caso concreto, y bajo la premisa del convencimiento (total o parcial) de la Administración supervisada a resultas de la persuasión ejercida por el Defensor del Pueblo. Para satisfacción de los ciudadanos quejosos, con relativa frecuencia la Administración acaba dándole la razón al Defensor del Pueblo. Los ejemplos en el campo de la seguridad social son innumerables todos los años⁴⁵.

⁴⁴ El recurso de la jurisprudencia social al principio interpretativo probeneficiario es hace tiempo residual y además siempre como argumento a mayor abundamiento.

⁴⁵ Por poner solo un ejemplo, las actuaciones del Defensor del Pueblo ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), de la que dependen las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, para que estas cambiasen por completo su pauta de actuación y reconociesen que en los procesos de incapacidad temporal sobrevenidos en situaciones de ERTE de suspensión contractual o de reducción de jornada, con prestación contributiva (ordinaria o extraordinaria) por medio (art. 283.2 LGSS), la prestación económica por incapacidad temporal (contingencias comunes) en cuantía igual a la prestación por desempleo a cargo de la mutua debe percibirse desde el primer día, esto es, con inaplicación de las desfavorables reglas de la incapacidad temporal por contingencias comunes del artículo 173.1 LGSS. Actuaciones concluidas con éxito y de las que a buen seguro se dará cuenta en el Informe anual 2022, si bien en el Informe anual 2021 ya se adelantaba la problemática y la postura del Defensor del Pueblo a la espera de la contestación oficial de la DGOSS. Informes anuales disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Véase, H. ÁLVAREZ CUESTA, «La concatenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del Artículo 222 LGSS», en AA. VV., *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2004, pp. 729 ss.

Por supuesto, tampoco son infrecuentes las actuaciones en las que el Defensor del Pueblo acaba aceptando la tesis jurídica de la Administración investigada, procediendo al cierre de las investigaciones y a la explicación de lo acontecido, fáctica y jurídicamente, al interesado (art. 31.1 LODP). Estos resultados, sin duda, refuerzan el prestigio del Defensor del Pueblo, pues demuestran que su acción no está basada en prejuicios sino en juicios que pueden ir variando conforme avanzan las investigaciones y el diálogo jurídico se hace más rico⁴⁶. Adviértase que el Defensor del Pueblo no es necesariamente un abogado de parte, sino una institución de defensa de la legalidad, en la línea del Ministerio Fiscal, aunque en un plano distinto, no judicial.

También es verdad que con igual frecuencia la Administración involucrada no da su brazo a torcer y continúa defendiendo la regularidad de la actuación o praxis administrativa controvertida y objeto de investigación por el Defensor del Pueblo. Cuando el Defensor del Pueblo está convencido de que le asiste la razón jurídica, a la vista de la indiscutible mayor solvencia de los argumentos jurídicos empleados por este frente a los de la Administración investigada, se pasa a una fase ulterior, algo más formalista, en la que el Defensor del Pueblo eleva ante la Administración una sugerencia con la solución del caso concreto y la fundamentación jurídica de la solución.

La sugerencia, una de las cuatro resoluciones formales previstas en el artículo 30.1 LODP, ha de ser objeto de contestación expresa en el plazo de un mes, pudiendo ser aceptada total o parcialmente, o bien rechazada de forma motivada. La singularidad de la sugerencia radica en el hecho de que la autoridad administrativa interpelada sabe que el eventual rechazo seguramente determine que el Defensor del Pueblo reitere la misma sugerencia ante otras autoridades administrativas jerárquicamente superiores. Así, en el caso del INSS y de la TGSS la sugerencia rechazada sería replanteada ante la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones y, de no tener éxito y en algunos supuestos especialmente importantes, ante el ministro de Inmigración, Seguridad Social y Migraciones. Y en caso de rechazo de la sugerencia por parte del SEPE, la misma sería elevada ante la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social y, en su caso, ante la ministra de Trabajo y Economía Social.

En los informes anuales del Defensor del Pueblo hay abundancia de ejemplos de sugerencias en el campo de la seguridad social aceptadas por las diferentes instancias públicas que conforman la Administración de la seguridad social⁴⁷.

⁴⁶ El Defensor del Pueblo como institución de diálogo es la tesis sostenida por J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del ...», op. cit., p. 323.

⁴⁷ Por emplear solo un ejemplo, en el Informe anual de 2020, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, se recogen diversas quejas (20005791, 20019252 y 20010210) de trabajadores autónomos que causaron baja en el RETA pocos días antes de la declaración del primer estado de alarma, el 14 de marzo de 2022, a la vista de la imposibilidad de continuar con su

La tarea, con diferencia, más importante del Defensor del Pueblo consiste en la detección de irregularidades administrativas *lato sensu* de alcance general, que afecten real o potencialmente a multitud de personas. Las quejas individuales de numerosos ciudadanos que plantean una misma problemática suelen ser el mejor observatorio para detectar las irregularidades administrativas generales. Otras veces el descubrimiento trae causa de alguna queja colectiva, presentada por alguna asociación formal o por alguna plataforma informal de afectados. Por supuesto, también en ocasiones el Defensor del Pueblo interviene de oficio tras tener conocimiento de la posible irregularidad administrativa general por diversos cauces posibles.

La dinámica de este tipo de investigaciones, amparadas en el artículo 28.1 LODP⁴⁸, suele ser sustancialmente la misma que la apenas vista, la de las irregularidades singulares o casuísticas, con la diferencia cualitativa de que la Administración institucional de la seguridad social investigada normalmente muestra una mayor resistencia a la hora de asumir la tesis jurídica patrocinada por el Defensor del Pueblo. Esa habitual mayor resistencia de la Administración obliga al Defensor del Pueblo a realizar un mayor esfuerzo de argumentación jurídica, siendo este tipo de actuaciones las más complejas, aunque también las más interesantes, y las más satisfactorias en caso de éxito total o parcial.

Si en las investigaciones para posibles irregularidades singulares se emplea en la última fase la vía formal de la sugerencia, en las irregularidades generales la resolución formal del artículo 30.1 LODP en liza es la recomendación. Ni que decir tiene que en muchas ocasiones se utilizan a la vez la sugerencia para el remedio del caso particular y la recomendación para la búsqueda de una solución tan general como la problemática detectada por el Defensor del Pueblo.

Al igual que sucede con las sugerencias, en los informes anuales del Defensor del Pueblo hay abundancia de ejemplos de recomendaciones en el campo de la seguridad

actividad con normalidad como consecuencia de los primeros estragos de la pandemia de la covid-19. La denegación de la prestación extraordinaria por cese de actividad del artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020 fue objeto de sugerencias del Defensor del Pueblo que consiguieron que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ordenase a las mutuas colaboradores el reconocimiento de la prestación extraordinaria, siendo fundamental el hecho de que, pese a haber causado baja en el RETA pocos días antes del 14 de marzo de 2020, en esa fecha se encontraban en situación asimilada al alta, de conformidad con el artículo 36.15 del Real Decreto 84/1996.

Véase, J. CALVO VÉRGEZ, «La prestación extraordinaria diseñada para los trabajadores autónomos a resultas de la reducción de la actividad motivada por la crisis del COVID-19: principales rasgos configuradores», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, núm. 2, versión digital.

⁴⁸ Dice así: «El Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos».

social aceptadas por las diferentes instancias públicas que conforman la Administración de la seguridad social⁴⁹.

2.3. Actuaciones tendentes a la modificación de la normativa en vigor

En octavo lugar, son también de una enorme importancia las actuaciones del Defensor del Pueblo tendentes a la modificación del ordenamiento jurídico, tal y como prevé expresamente el artículo 28.2 LODP⁵⁰. Modificación normativa que el Defensor del Pueblo viene interpretando, una vez más, de forma extensiva, dando también cabida a la creación normativa *ex novo*.

Son múltiples las razones por las que el Defensor del Pueblo podría llegar al convencimiento de que una determinada problemática de alcance general exigiera bien una respuesta normativa *ex novo* bien una modificación de la normativa en vigor. El artículo 28.2 LODP solo menciona una de esas razones, cuando el cumplimiento riguroso de la norma pudiera provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, pero en la práctica cotidiana del Defensor del Pueblo hay otros muchos motivos más, mereciendo especial protagonismo el posible desajuste material entre la normativa en vigor reguladora de una determinada materia y los valores, principios y derechos constitucionales.

Este tipo de actuaciones se desenvuelven a la fuerza en un entorno político de notable altura (art. 9.2 LODP). En lo que a la seguridad social se refiere, ante las

⁴⁹ Por utilizar un único ejemplo, dice así el Informe anual de 2020, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo: «Con el fin de aclarar con carácter general los conceptos de víctima de violencia de género y de víctima de violencia doméstica a los efectos del acceso a la renta activa de inserción (RAI), el Defensor del Pueblo formuló dos Recomendaciones al SEPE para que interpretase el artículo 2.2.c) del Real Decreto 1369/2006 de tal forma que se incluyese a los hijos menores, y a los menores sujetos a tutela, guarda y custodia, como posibles víctimas de violencia de género (violencia vicaria); y para que se considerase violencia doméstica la ejercida tanto sobre los hijos del agresor como sobre los de su cónyuge o pareja de hecho. Estas Recomendaciones fueron aceptadas por el SEPE en el año 2020 y materializadas a través de una nueva circular interna, que vino a rectificar en el concreto asunto que aquí interesa las anteriores instrucciones generales sobre la RAI (queja 19000048)». En el Informe anual de 2019 ya se había dado cuenta de este asunto, aunque faltaba la asunción de la recomendación por parte del SEPE.

Este nuevo criterio del SEPE, producto de la recomendación del Defensor del Pueblo, puede verse en el siguiente enlace:

<https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/he-dejado-de-cobrar-el-paro/no-tengo-prestacion/victima-genero-domestica.html>

⁵⁰ Literalmente: «Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

Véase, por todos, M. GARCÍA ÁLVAREZ y R. GARCÍA LÓPEZ, «El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del Estado social», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2010, núm. 26, pp. 127 ss.

Secretarías de Estado de la Seguridad Social y Pensiones y de Empleo y Economía Social, y en algunos casos ante el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y ante la ministra de Trabajo y Economía Social. Lo mismo da que se trate del cuestionamiento de normas reglamentarias que de normas legales, pues también respecto de estas últimas en la práctica la iniciativa es predominantemente gubernamental. En todo caso, y pese a que no sea una praxis realmente seguida, estando normas legales en juego siempre cabría acudir a las Cortes Generales: bien directamente a los grupos parlamentarios bien indirectamente a los grupos a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado.

La vía formal para articular estas actuaciones es la de la recomendación dado el forzoso alcance general de cualquier propuesta de modificación normativa o de creación normativa. Y el origen podría ser indistintamente una actuación de oficio, una actuación a partir de una o de varias quejas individuales, o una actuación motivada por una queja colectiva.

La principal particularidad de estas actuaciones es su elevado tono político, sin perjuicio de que también suelen entrar en juego consideraciones jurídicas, sobre todo constitucionales. Y puesto que estas investigaciones se mueven en el terreno de la política del Derecho, las recomendaciones han de tener una textura abierta, centradas más en los objetivos normativos que en las concretas soluciones técnicas para lograrlos, dejando así al Gobierno (o a los grupos parlamentarios) el espacio que democráticamente le corresponde en la producción normativa: el ejercicio de la potestad reglamentaria, la aprobación de los reales decretos leyes y el impulso de los proyectos de ley.

Es verdad que no siempre resulta sencillo determinar el origen de las modificaciones normativas propuestas por el Defensor del Pueblo y aceptadas por el Gobierno, sobre todo porque en las correspondientes exposiciones de motivos suele ocultarse el impulso del Defensor del Pueblo. En muchas ocasiones, junto a la iniciativa del Defensor del Pueblo habrán concurrido otros muchos impulsos, más o menos conocidos, pero en algunos supuestos la actuación exclusiva o preponderante del Defensor del Pueblo estará con seguridad en el origen del cambio normativo.

Todos los años figuran en los informes del Defensor del Pueblo ante las Cortes Generales unos cuantos ejemplos de modificaciones normativas en el campo de la Seguridad Social aceptadas por el Gobierno a resultas de investigaciones del Defensor del Pueblo y materializadas a través del correspondiente cauce formal (real decreto u orden ministerial, real decreto-ley, proyecto de ley, etc.). La construcción jurídica del escudo social frente a la crisis de la pandemia de la covid-19 fue una ocasión

especialmente propicia para este tipo de iniciativas normativas del Defensor del Pueblo⁵¹. También la tortuosa regulación legal del ingreso mínimo vital⁵².

2.4. Las actuaciones de investigación de conductas de empleados públicos y autoridades administrativas

Contempla la LODP la posibilidad de iniciar investigaciones a instancia de parte acerca de la conducta o comportamiento de los empleados públicos y las autoridades administrativas en su trato con los administrados, por si hubieran podido incurrir en abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión, involucrando en dichas investigaciones a los propios afectados y a sus superiores jerárquicos, pudiendo concluir las actuaciones de este tipo con propuestas del Defensor del Pueblo sobre depuración de responsabilidad disciplinaria (o política en el caso de las autoridades administrativas sin relación laboral o administrativa de función pública por medio), obviamente no vinculantes⁵³.

⁵¹ En el Informe anual de 2020 (complementado por el Informe anual de 2021), disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, se encuentran recogidas las numerosas iniciativas normativas del Defensor del Pueblo, aceptadas y materializadas por el Gobierno, casi siempre vía real decreto-ley. Los casos siguientes, por citar algunos ejemplos: la consideración del aislamiento preventivo por contagio por SARS CoV-2 (o contacto estrecho) como incapacidad temporal por accidente de trabajo *sui generis* del artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020; la inclusión en el precepto anterior de los confinamientos municipales estrictos como el de Igualada y otros municipios limítrofes vía Real Decreto-ley 13/2020; el reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo a los desempleados que causaron baja voluntaria en su anterior empleo antes del 14 de marzo de 2020 y posteriormente vieron frustrada por la pandemia de la covid-19 la oferta en firme de contratación laboral, o bien fueron objeto de contratación laboral con rescisión del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, de conformidad con el artículo 22 del Real Decreto-ley 15/2020; el reconocimiento de un subsidio extraordinario por desempleo para los desempleados que agotaron la correspondiente protección económica por desempleo entre el 14 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2022, a través del artículo 1 del Real Decreto-ley 32/2020; la protección extraordinaria por desempleo para los profesionales taurinos del artículo 4 del Real Decreto-ley 32/2020; el reconocimiento para los profesionales sanitarios en centros sanitarios y socio-sanitarios contagiados por SARS-CoV-2 de las prestaciones de Seguridad Social propias de la enfermedad profesional, pese a la consideración de dicho contagio como accidente de trabajo, de conformidad con el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021.

Sobre el escudo social frente a la crisis de la pandemia de la covid-19, entre otros muchos, J. F. BLASCO LAHOZ, «Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19», en *Trabajo y Derecho*, 2020, monográfico núm. 12, versión digital.

⁵² En los informes anuales de 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, pueden verse diferentes ejemplos de modificaciones normativas relativas al ingreso mínimo vital propuestas por el Defensor del Pueblo, aceptadas por el Gobierno e incorporadas a la regulación legal vía real decreto-ley. Por ejemplo, las modificaciones flexibilizadoras sobre la edad de los beneficiarios del ingreso mínimo vital, inferior a 23 años y superior a 65 años, rígidamente contempladas en la versión inicial del Real Decreto-ley 20/2020.

Por todos, J. L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA y R. TRILLO GARCÍA, *Ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2021.

⁵³ Artículos 20, 21 y 23 LODP.

Estas investigaciones no se están empleando *de facto* en el ámbito de la seguridad social. Y cuando como a veces sucede, sobre todo en relación con los inspectores médicos del INSS en los expedientes de incapacidad laboral (temporal y permanente), las quejas denuncian comportamientos o conductas contrarios a las obligaciones profesionales de los empleados públicos se aconseja a los interesados que utilicen el canal interno de sugerencias y quejas de la Administración de la seguridad social⁵⁴.

Es evidente que en este ámbito el Defensor del Pueblo podría plantearse asumir un papel proactivo, al que hasta la fecha ha renunciado⁵⁵. Bien es verdad que la eventual intervención del Defensor del Pueblo estaría de antemano abocada al fracaso, o a la irrelevancia, habida cuenta la falta de cultura de depuración de la responsabilidad disciplinaria, empezando por las propias Administraciones y concluyendo con la más que reacia jurisdicción contencioso-administrativa.

2.5. El ejercicio de acciones ante la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional

Singulariza al Defensor del Pueblo español dentro del panorama de Derecho comparado el posible ejercicio de acciones ante el Tribunal Constitucional⁵⁶. También ante la jurisdicción ordinaria en los pocos casos en los que así está legalmente previsto como en el ininteligible artículo 26 LOPD⁵⁷ y en otros preceptos legales más dispersos por el ordenamiento jurídico⁵⁸. El ejercicio de acciones ante la jurisdicción ordinaria, que

⁵⁴ La información detallada se encuentra en el siguiente link:

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/SugerenciasQuejas>

⁵⁵ Véase la interesante reflexión de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del Pueblo como institución de control de la Administración Pública», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, p. 125.

⁵⁶ Esta singularidad de la institución española constituye un modelo cuya extensión aconseja el principio núm. 19 de los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

⁵⁷ Dice así el artículo 26 LOPD: «El Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito».

Un comentario de este incomprensible precepto legal puede verse en J. M^a. DE PALACIO VALLE-LERSUNDI, «Artículo 26», en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 661 ss.

⁵⁸ El caso del expediente judicial de *habeas corpus* del artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. Y la legitimación activa para la presentación del recurso de casación en interés de la ley del artículo 491 LEC.

tiene algún recorrido práctico en algunas experiencias comparadas, sobre todo en los países nórdicos, en España resulta inédito o casi⁵⁹.

Por lo que a las acciones ante el Tribunal Constitucional se refiere, puede el Defensor del Pueblo, de oficio o a instancia de parte, interponer tanto el recurso de inconstitucionalidad como el recurso de amparo, siendo esta heterodoxa legitimación activa una decisión del propio constituyente: artículo 162.1 CE⁶⁰. La vía del recurso de amparo es anecdótica y hace mucho tiempo que no se emplea⁶¹. Pese a todo, no faltan todos los años solicitudes de interposición del recurso de amparo por parte del Defensor del Pueblo, sistemáticamente rechazadas⁶².

Y la vía del recurso de inconstitucionalidad, aunque no sea anecdótica en la práctica, se viene utilizando con cuentagotas como demuestra la estadística oficial⁶³. Además, y a diferencia de lo acontecido en el campo laboral, de la libertad sindical sobre todo⁶⁴, sin ejemplos en el ámbito de la seguridad social, pese a no faltar pocas ocasiones.

En efecto, casi todos los años se presentan ante el Defensor del Pueblo algunas propuestas o solicitudes de interposición del recurso de inconstitucionalidad en el ámbito de la seguridad social, destacando, a este respecto, en los últimos tiempos la controvertida normativa de rango legal sobre el ingreso mínimo vital⁶⁵. La endeblez de

⁵⁹ En pocas ocasiones el Defensor del Pueblo ha activado el expediente judicial de *habeas corpus*.

⁶⁰ Por todos, I. TORRES MURO, «Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2010, núm. 26, pp. 95 ss., y M. DÍAZ CREGO, «Defensor del Pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2010, núm. 26, pp. 307 ss.

⁶¹ Dan cuenta de varios ejemplos de interposición del recurso de amparo por parte del Defensor del Pueblo frente a sentencias (laborales) de órganos de la jurisdicción social, los autores citados en la nota anterior.

⁶² Conforme a los datos estadísticos que figuran en el Informe anual de 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, en el año 2021 fueron 42 las solicitudes de interposición del recurso de amparo, todas ellas rechazadas.

⁶³ La relación de los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Defensor del Pueblo desde el inicio de su andadura hasta 2019 puede verse en L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 159 ss.

En los años 2020 y 2021 no se presentó ningún recurso de inconstitucionalidad y ello pese a la considerable cantidad de peticiones de interposición. En efecto, conforme a los datos estadísticos de los años 2020 y 2021, que figuran en los informes anuales presentados ante las Cortes Generales, y disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, en el año 2021 se presentaron 162 solicitudes de recurso de inconstitucionalidad (muchas de ellas agrupadas por tener un contenido idéntico) y 791 en el año 2020, la inmensa mayoría agrupadas, debiendo pues relativizarse sobremanera tan abultado número de solicitudes.

⁶⁴ L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 161 ss.

⁶⁵ En el informe anual de 2022 se dará cuenta de las peticiones individuales y colectivas de solicitud de interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a la normativa legal del ingreso mínimo vital, todas ellas rechazadas por el Defensor del Pueblo.

los argumentos jurídicos de los proponentes en la mayoría de los casos explica la inactividad del Defensor del Pueblo. Bien es verdad que hay una clara voluntad política de todos los defensores del pueblo de no emplear su mayor arma, o bien de hacerlo de forma extremadamente prudente⁶⁶. Y la jurisprudencia constitucional en materia de seguridad social, que como es bien sabido viene otorgando al legislador un considerable margen de maniobra, aconseja extremar todavía más la prudencia en este sector del ordenamiento jurídico.

IV. LA PERSUASIÓN COMO ÚNICA ARMA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN SU TAREA CENTRAL DE SUPERVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: HACER DE LA NECESIDAD VIRTUD

De las diferentes actuaciones del Defensor del Pueblo las más importantes, y las que mayor interés académico suscitan, son las de control o supervisión de la Administración ante posibles irregularidades administrativas en sentido amplio, muy en particular cuando las irregularidades tengan carácter general y el número de afectados reales o potenciales se cuente por muchos miles de ciudadanos. En este escenario cobra plenamente sentido la institución del Defensor del Pueblo, sin perjuicio de que existan también otros mecanismos internos (administrativos) y externos (judiciales) con capacidad de influencia en la mejora continua de la Administración, exigencia ineludible de todo Estado de derecho avanzado que merezca tal nombre⁶⁷.

Lejos de interferir, la combinación de los mecanismos administrativos internos (desde los clásicos recursos administrativos hasta los modernos sistemas de *compliance*, pasando por los instrumentos de gestión de la calidad administrativa), del control externo de las justicias contencioso-administrativa y social (centradas en la solución del caso concreto, aunque muchas veces con una doctrina de alcance general que tarde o temprano acaba calando y extendiéndose a través de diversos medios posibles) y de la supervisión por parte del Defensor del Pueblo constituye un círculo virtuoso para la mejora continua de la Administración Pública. No hay, pues, interferencia sino complementariedad.

En la versión digital del Informe anual de 2021, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, figuran las dos peticiones de recurso relativas a disposiciones de la LGSS introducidas o modificadas en el año 2021 vía real decreto-ley, atinentes a competencias de la TGSS y a la gestión recaudatoria (pp. 20 y ss. y 40 ss. del Anexo D.5). Peticiones de recurso rechazadas por el Defensor del Pueblo.

⁶⁶ J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del ...», op. cit., pp. 328-330.

⁶⁷ La idea de la contribución del Defensor del Pueblo a la mejora continua de la Administración está muy presente en el estudio de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., p. 117.

Retomando las actuaciones del Defensor del Pueblo más importantes y de mayor interés académico, es un lugar común la afirmación de que la persuasión es la principal, por no decir única, arma del Defensor del Pueblo, que no cuenta con *potestas* alguna y que todo ha de fiarlo a la *auctoritas*⁶⁸, al prestigio personal de quien en cada momento encarna al Defensor del Pueblo y al prestigio institucional logrado durante cuarenta años de funcionamiento, con un sinfín de actuaciones en las que la Administración acaba dándole en todo o en parte la razón al Defensor del Pueblo, con la consiguiente mejora de la relación entre la Administración y los ciudadanos. Ese lugar común se corresponde plenamente con la realidad.

El prestigio personal y el prestigio institucional solo integran la *auctoritas* de origen, un buen punto de partida, pero mucho menos importante que la *auctoritas* de ejercicio, que se manifiesta en cada nueva y concreta actuación de supervisión de la Administración por parte del Defensor del Pueblo⁶⁹. Y en ese escenario del rabioso presente la persuasión vale tanto como valgan los argumentos jurídicos y de otra índole que se pongan sobre la mesa por parte del Defensor del Pueblo.

Puesto que en la esgrima dialéctica que se practica en este tipo de investigaciones el Defensor del Pueblo solo cuenta con el arma de la persuasión, se trata de hacer de la necesidad virtud aprovechando la configuración normativa de este tipo de investigaciones. Una configuración basada en la sumariedad, la informalidad, la flexibilidad y el dinamismo, así como en otros principios como la economía, la oficialidad y la gratuidad⁷⁰.

Ni en sus relaciones con el interesado que presenta la queja ni en la investigación frente a la Administración supervisada está el Defensor del Pueblo sometido a un verdadero procedimiento en el sentido jurídico, al estilo del procedimiento administrativo o del proceso judicial⁷¹. Precisamente por ello no se desenvuelven las investigaciones en el clásico terreno estático predominante en el ámbito jurídico, en el que cada paso condiciona los siguientes y una mala estrategia o una deficiente argumentación jurídica

⁶⁸ Entre otros muchos, V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 48 ss. (vol. I), J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del ...», op. cit., pp. 318-319, L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., p. 117, y L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, p. 161; A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., pp. 25-26.

⁶⁹ La doble dimensión de la *auctoritas* puede verse en A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., p. 26.

⁷⁰ De investigación sumaria e informal habla el artículo 18.1 LODP.

Véase, F. M. BRUÑÉN BARBERÁ, «Artículo 18», en A. ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 467 ss.

⁷¹ En este sentido, L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., pp. 109-110.

pueden predeterminar el fracaso de la pretensión, sino que todo discurre con gran dinamismo y flexibilidad, en los términos a los que de inmediato se hará referencia. Lo que interesa ahora destacar es que la sumariedad, la informalidad, la flexibilidad y el dinamismo de las investigaciones del Defensor del Pueblo están inequívocamente al servicio de la única arma de que dispone esta institución constitucional, la persuasión en su esgrima dialéctica con la Administración supervisada o controlada.

Para el esclarecimiento de los hechos dispone el Defensor del Pueblo de numerosas facultades, similares a las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, e incluso a las del Ministerio Fiscal. Una vez esclarecidos los hechos, de ser estos relevantes porque muchas veces no lo serán o no habrá controversia sobre el sustrato fáctico, comienza la verdadera esgrima dialéctica, evidentemente siempre que el Defensor del Pueblo discrepe de la argumentación jurídica empleada en un primer momento por la Administración supervisada. La eventual ventaja del Defensor del Pueblo en la esgrima dialéctica dependerá de la argumentación jurídica (y, complementariamente, de otra índole) que sea capaz de armar, más rica, más sólida, mejor engarzada con los valores, principios y derechos constitucionales, y más elocuente que la plasmada por la Administración supervisada en su informe oficial.

Solo cuando se logra cobrar esa ventaja dialéctica y la misma no retrocede en el tira y afloja entre la Administración supervisada y el Defensor del Pueblo, el arma de la persuasión puede acabar arrojando un resultado final exitoso. En este sentido, y por lo que al campo de la seguridad social se refiere, juega a favor del Defensor del Pueblo el hecho de poder elevar la investigación desde la correspondiente Administración institucional supervisada inicialmente (INSS, TGSS, SEPE, etc.) hasta el ministro o la ministra del ramo, pasando por diversas direcciones generales y secretarías de Estado. En la escala ascendente de las investigaciones del Defensor del Pueblo no es infrecuente que la solidez de los argumentos empleados por este desde el principio acabe calando frente a su rechazo inicial. La insistencia, no limitada por ningún tipo de plazos preclusivos, juega a favor del Defensor del Pueblo. Es la que podría denominarse persuasión por insistencia, que no por agotamiento.

Hacer de la necesidad virtud en lo que atañe al arma de la persuasión en manos del Defensor del Pueblo no es una mera teoría, más o menos del gusto académico, sino una realidad que año tras año se viene poniendo de manifiesto a través del alto porcentaje de sugerencias y recomendaciones aceptadas en todo o en parte⁷², sin que la seguridad social sea una excepción. Por citar solo un ejemplo de enorme importancia cuantitativa y

⁷² L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., p. 189, quien se refiere a un porcentaje por encima del 80%, quizá algo exagerado, desde luego no cumplido en el campo de la seguridad social, donde el porcentaje de aceptación siendo elevado no alcanza ni mucho menos esa elevada cota.

cualitativa, así como de tenacidad del Defensor del Pueblo durante varios años, con recomendaciones reiteradas ante el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, primero rechazadas y finalmente aceptadas: la erradicación de la práctica administrativa de embargo de las pensiones contributivas de seguridad social derivadas de contingencias comunes en los meses en los que coinciden las pagas ordinaria y extraordinaria (junio y noviembre) sin consideración como inembargable en esos meses del doble del SMI, esto es, con respeto exclusivamente del SMI mensual e inaceptable e ilegal olvido del SMI anual⁷³.

Eso por no hablar de las muchas investigaciones en el campo de la seguridad social en las que se acaba dando la razón al Defensor del Pueblo sin necesidad de llegar a formular una resolución formal, a la vista de la contundencia jurídica de los escritos iniciales e intermedios del Defensor del Pueblo. Investigaciones exitosas mucho más numerosas que las que dan lugar a resoluciones formales, aunque ciertamente menos visibles, ausentes en la información pública disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, y solo presentes en los informes anuales⁷⁴, aunque con un criterio restrictivo, que deja fuera muchas de las actuaciones fructíferas del Defensor del Pueblo sin resoluciones formales por medio.

V. LA SINGULAR NATURALEZA DE LA LABOR SUPERVISORA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: LA CONCIENCIA CRÍTICA DEL ESTADO DE DERECHO

Parece oportuno dedicar algunos párrafos a la muy singular naturaleza jurídica de la labor de supervisión de la Administración que constituye el núcleo duro de las funciones otorgadas al Defensor del Pueblo, sin perjuicio del planteamiento de los recursos de

⁷³ En los informes anuales de 2020 y 2021 figura una extensa información sobre esta importante materia. En el Informe anual de 2022 se incluirá con seguridad la información sobre el final feliz de estas actuaciones con especial tenacidad del Defensor del Pueblo.

⁷⁴ Por poner un único ejemplo, doble en realidad, en los Informes anuales de 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, figuran las actuaciones exitosas (quejas 20023294, 20023294 y 21012540) del Defensor del Pueblo ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), para que esta influyese en las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en materia de denegación de la prestación extraordinaria por cese de actividad de diversos reales decretos-leyes del año 2020 a los trabajadores autónomos que a fecha 30 de junio de 2020 estuviesen disfrutando una prestación económica por incapacidad temporal o una prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, y ello aunque en algún momento hubieran sido beneficiarios de la prestación extraordinaria por cese de actividad del artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, suspendida al pasar a la situación de incapacidad temporal o de nacimiento y cuidado menor. Gracias a la asunción por la DGOSS de la tesis del Defensor del Pueblo, esa dirección general acabó conminando a las mutuas colaboradoras a que revisasen de oficio todas las prestaciones extraordinarias por cese de actividad denegadas a miles de trabajadores autónomos.

Véase, J. CALVO VÉRGEZ, «La prestación extraordinaria ...», op. cit.

inconstitucionalidad y de amparo. Muy en particular, se pretende terciar en el controvertido debate académico acerca de la posible naturaleza mediadora de la labor del Defensor del Pueblo⁷⁵.

Vaya por delante que la mayor parte de las actuaciones del Defensor del Pueblo, incluidas las de seguridad social, se producen a instancia de parte, en concreto de las quejas presentadas por los ciudadanos, individual y colectivamente considerados. En estos casos, cobra plenamente sentido la peculiar denominación de la instancia española, Defensor del Pueblo, que se aparta de la predominante denominación de la institución en el Derecho comparado, *Ombudsman*, que en sueco significa persona que tramita⁷⁶. La expresión española Defensor del Pueblo, creación del genio de Manuel Fraga Iribarne⁷⁷, conecta fácilmente, sobre todo en el imaginario popular, con la idea de abogado del Pueblo.

Y verdaderamente el Defensor del Pueblo presta inicialmente al ciudadano que presenta una queja algo muy similar a una asistencia letrada gratuita. Y ello tanto si la queja es objeto de rechazo o inadmisión, lo que acontece en más del 50% de los casos, como si se admite a trámite y se inicia la oportuna investigación ante la correspondiente Administración Pública. Una pseudo asistencia letrada gratuita muy distinta de la que proviene de los abogados de oficio a través del beneficio de justicia gratuita. Primero, porque es automática, sin requisitos que condicionen la asistencia letrada. Segundo, porque es especializada, estando los asesores del Defensor del Pueblo divididos en diversas áreas temáticas, mientras los abogados de oficio suelen tener un perfil más generalista, con predominio civil y penal y raramente dominio de los ámbitos contencioso-administrativo y social. Tercero, porque no se desenvuelve ante la justicia, ante los jueces y tribunales⁷⁸, sino ante la Administración Pública.

Asistencia letrada que no obstante no convierte al Defensor del Pueblo ni formal ni materialmente en abogado del quejoso, entre otras muchas cosas, porque el Defensor del Pueblo no se debe al interés particular del quejoso, siendo su misión la defensa de la

⁷⁵ Fundamental resulta la obra de G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2008. Del mismo autor, «La mediación administrativa como especialidad propia en el funcionamiento de los Defensores del Pueblo (Ombudsmen)», en *La Ley Mediación y Arbitraje*, 2021, núm. 8, pp. 1-48 de la versión digital.

⁷⁶ En este sentido, V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del ...*, op. cit., p. 7 y pp. 33 ss. (vol. I), desaconsejando en cualquier caso la traducción literal al español por la posible confusión con el término genérico "procurador".

⁷⁷ Así lo manifestó Gregorio Peces-Barba Martínez en uno de los coloquios del seminario celebrado a principios de enero de 1992 en la Universidad Carlos III de Madrid en el marco de la Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo. Los resultados de ese seminario se tradujeron en la siguiente publicación: AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

⁷⁸ Artículo 119 CE y Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

legalidad constitucional (art. 54 CE) y ordinaria (interpretación extensiva de su mandato por el propio Defensor del Pueblo) de manera objetiva, en la línea del cometido del Ministerio Fiscal, solo que este defiende la legalidad en el ámbito judicial (art. 124.1 CE) y el Defensor del Pueblo lo hace en su tarea central de supervisión directa de la Administración Pública.

La defensa objetiva de la legalidad constitucional y ordinaria es particularmente evidente en las actuaciones de oficio, pero es igualmente el norte a seguir en las actuaciones a instancia de parte, sobre todo del ciudadano que presenta una queja, pudiendo en este último caso coincidir en todo o en parte la defensa objetiva y la defensa subjetiva.

Así las cosas, poco o nada tiene que ver la labor de supervisión de la Administración Pública por parte del Defensor del Pueblo con la figura de la mediación administrativa⁷⁹. Por lo pronto, entre la Administración Pública y el administrado no suele haber una verdadera negociación formal o informal tendente a la solución de la discrepancia que los enfrente y en la que el Defensor del Pueblo pueda mediar como un tercero imparcial, intentando acercar la postura de las partes y eventualmente proponer una solución de la controversia, evidentemente no vinculante para las partes enfrentadas. Nada más lejos de la realidad, al menos en lo que atañe al campo de la seguridad social.

Asimismo, el Defensor del Pueblo no es un tercero ajeno a las partes en conflicto, pues muchas veces, se ha dicho ya, el interés subjetivo del quejoso y el interés objetivo perseguido por el Defensor del Pueblo coinciden y en ese escenario el Defensor del Pueblo no puede ser un genuino mediador administrativo, por definición un tercero imparcial.

Eso no quita para que en algunas actuaciones o investigaciones concretas el Defensor del Pueblo pueda desempeñar una labor de mediación administrativa, sobre todo cuando la Administración Pública supervisada ejerza una potestad discrecional y el administrado quejoso esté dispuesto a obtener una satisfacción solo parcial de su “pretensión” inicial⁸⁰. De hecho, varias legislaciones autonómicas sobre las figuras similares al Defensor del Pueblo contemplan expresamente la eventual labor mediadora⁸¹.

Así podría suceder en el ámbito de la seguridad social, por ejemplo, con el aplazamiento/fraccionamiento de las deudas con la seguridad social. No pocos aspectos

⁷⁹ Sobre la mediación administrativa, por todos, G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y ...*, op. cit., pp. 105 ss.

⁸⁰ En este sentido, J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «El Defensor del ...», op. cit., p. 320, y L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., p. 132.

⁸¹ Así, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 138-139, nota núm. 273.

de esa potestad administrativa discrecional (art. 31.1 RD 1415/2004), como el plazo concreto del plan de aplazamiento/fraccionamiento hasta el máximo de cinco años y como el porcentaje de la totalidad de la deuda a abonar por adelantado, podrían perfectamente ser objeto de mediación administrativa a cargo del Defensor del Pueblo, pero la pétrea rigidez de la TGSS hasta el momento no ha permitido explorar esta potencial función mediadora, salvo en contadas ocasiones⁸². Rigidez de la TGSS que contrasta con la flexibilidad que viene mostrando la AEAT en materia de aplazamiento/fraccionamiento de deudas con la Hacienda Pública.

En cualquier caso, la eventual y ocasional función mediadora del Defensor del Pueblo no permite convertir a esta institución constitucional con carácter general en una suerte de mediador administrativo⁸³. No ha de confundirse, en este sentido, la residual labor mediadora de los defensores del pueblo o los *ombudsmen* con la denominación francesa de este tipo de instituciones de supervisión de la Administración y tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, "*médiateurs*"⁸⁴.

El Defensor del Pueblo es más bien una garante externo y objetivo de la legalidad constitucional y ordinaria de la actuación y la praxis administrativas, que persigue desde la persuasión y la *auctoritas* que lo singularizan la mejora continua de la Administración Pública y de paso la defensa real o potencial de los administrados perjudicados por las irregularidades administrativas en sentido amplio, por la mala administración si se prefiere esta terminología tan del gusto de los administrativistas, aunque de contornos difusos⁸⁵. La conciencia crítica del Estado al servicio de los ciudadanos, tal y como reza el título de una tesis doctoral⁸⁶. O, en palabras de un profundo conocedor de la

⁸² En el Informe anual de 2021, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, figura un ejemplo (queja 19017447) de actuación mediadora exitosa del Defensor del Pueblo, con incremento del plazo del plan de aplazamiento/fraccionamiento hasta el máximo reglamentario de cinco años, con rectificación de la restrictiva posición inicial de la TGSS.

⁸³ Rechaza categóricamente la función mediadora del Defensor del Pueblo, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 138 ss. En cambio, defiende vivamente la labor mediadora del Defensor del Pueblo, G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y ...*, op. cit., pp. 247 ss.

⁸⁴ Utiliza esta expresión francesa, por ejemplo, Lord R. BALFE, «Nécessité d'un ensemble de normes communes pour les institutions du médiateur en Europe», Documento 14953, de 20 de agosto de 2019, destinado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (disponible en internet).

⁸⁵ Sobre el concepto de mala administración, de origen anglosajón, y su incorporación en ordenamientos continentales europeos como el español, G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y ...*, op. cit., pp. 215 ss.

También cabe aproximarse al concepto de mala administración a través del concepto antagónico de buena administración, de muy notable predicamento en el Derecho de la Unión Europea. Por todos, J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012.

⁸⁶ L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit.

institución, además de académico prestigioso: “El Defensor es el que mejor escucha el ruido de la carcoma”⁸⁷. A lo que quizá habría que añadir: carcoma inevitablemente presente en todo aparato estatal, incluso con un consolidado Estado de derecho por medio.

VI. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LOS PODERES DEL ESTADO: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* Y VÍAS DE HECHO PARA EL FORTALECIMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

De manera muy llamativa casi todos los estudiosos teóricos del Defensor del Pueblo coinciden en el considerable margen de mejora que presenta el vigente marco jurídico⁸⁸, presentando la LODP una ordenación interna poco ordenada, valga el juego de palabras, y contando con algunos preceptos de difícil inteligencia, como el caso paradigmático del artículo 26 LODP⁸⁹.

La propia disposición transitoria única de la LODP prevé la reforma legal a iniciativa razonada del Defensor del Pueblo tras el transcurso del prudencial plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la ley orgánica. Y, sin embargo, las tres únicas reformas de ese texto legal tienen un alcance muy limitado y no responden a la iniciativa razonada del propio Defensor del Pueblo⁹⁰. Y ello pese a haber estado precedida la primera de las tres reformas de un magnífico seminario académico, celebrado en la Universidad Carlos

Sobre la singular naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo, por todos, J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, núm. 8, pp. 63 ss.

⁸⁷ A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., p. 22.

⁸⁸ Por todos, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Conclusiones. Una recapitulación y unas propuestas», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, pp. 301 ss., quien no solo expresa su parecer, sino que también se hace eco de las numerosas opiniones ajenas partidarias de la reforma de la LODP.

Sobre la entera LODP, y pese al alcance desigual de los diferentes comentarios, resulta fundamental la siguiente obra: A. ROVIRA VIÑAS (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2002.

⁸⁹ Véase la nota núm. 57.

⁹⁰ La primera reforma, articulada mediante la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo, limitada a la creación de la Comisión Mixta Congreso-Senado en lugar de las previas comisiones de relación con el Defensor del Pueblo del Congreso y del Senado por separado. La segunda reforma, producto de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, para la derogación del artículo 24.2 LODP, que contemplaba un tipo específico del delito de desobediencia por obstaculización de la labor supervisora del Defensor del Pueblo, ahora ubicado en su lugar natural, el artículo 502.2 CP. Y la tercera reforma, producto de la Ley Orgánica 1/2009, para la introducción del Mecanismo de Prevención de la Tortura (disposición final única LODP).

III de Madrid en enero de 1992⁹¹, destinado monográficamente a la función reformadora, sin haber logrado impulsar la propia iniciativa del Defensor del Pueblo, activo participante en el citado seminario.

La experiencia de cuarenta años de relación del Defensor del Pueblo con los tres poderes del Estado aconseja introducir algunos cambios legales, así como seguir recurriendo a las vías de hecho que tanto juego le han proporcionado a esta institución constitucional, muchas de ellas por, cierto poco, conocidas por los constitucionalistas y administrativistas que más han estudiado la figura del Defensor del Pueblo.

Antes de abordar algunas propuestas de *lege ferenda* y algunas vías de hecho, a partir de las relaciones entre el Defensor del Pueblo y los tres poderes del Estado, conviene advertir del peligro que entrañaría cualquier postulado de máximos, cualquier reivindicación de nuevos y potentes mecanismos de supervisión exterior de la Administración Pública, que más pronto que tarde harían que la institución muriese de éxito, de sobrecarga de trabajo, no pudiendo confiar, tal y como después habrá ocasión de manifestar, en un incremento proporcional de la dotación presupuestaria capaz de hacer frente a la sobrecarga de trabajo.

1. El Defensor del Pueblo y el Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración)

Empezando con la principal de las relaciones que entabla el Defensor del Pueblo con los tres poderes del Estado, la que le une al Poder Ejecutivo, al Gobierno y a su brazo burocrático, la Administración Pública, poca cosa de enjundia se va a proponer⁹². Quizá la principal reforma legal sería la destinada a hacer coincidir la letra de la ley y la realidad de la labor supervisora de la Administración por parte del Defensor del Pueblo. La LODP, siguiendo a rajatabla el mandato del artículo 54 CE, solo otorga al Defensor del Pueblo facultades de supervisión de la Administración en defensa de los derechos fundamentales del título I CE. Así lo establece inequívocamente el artículo 1 LODP. Y aunque el artículo 9.1 de esa misma norma legal se refiere al artículo 103.1 CE, que recoge, entre otros muchos, el principio de legalidad de la actuación de la Administración, lo cierto es que lo hace aparentemente no con carácter general, sino en relación con los derechos fundamentales del título I CE, aunque la interpretación de esta norma legal no sea pacífica dentro de la doctrina⁹³.

⁹¹ AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

⁹² Véase L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., pp. 105 ss.

⁹³ Entre los autores que rechazan que el Defensor del Pueblo pueda llevar a cabo un control de mera legalidad ordinaria de la actividad administrativa, L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., p. 109, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 86-87 y 91 ss.

Frente a la letra de la ley, la realidad de la labor supervisora de la Administración por parte del Defensor del Pueblo es muy tozuda y se extiende al control de la legalidad ordinaria, sin que la ausencia de derechos fundamentales en muchos casos eche para atrás al Defensor del Pueblo. Así ha sido desde el inicio, figurando ya en el informe anual del año 1983 la justificación de la interpretación extensiva del mandato constitucional⁹⁴.

Más allá de la coincidencia entre la regulación legal y la práctica de la labor supervisora del Defensor del Pueblo, que es siempre algo loable y no encontraría reparo constitucional en el artículo 54 CE, y más allá del alineamiento, no solo material sino también formal, del Defensor del Pueblo español con el modelo más extendido de *Ombudsman* en el Derecho comparado, la reforma legal que aquí se propone eliminaría el riesgo de que alguna autoridad administrativa se negase a colaborar con el Defensor del Pueblo bajo el argumento de no haber derechos fundamentales por medio y encima poder tener razón con la letra de la ley en la mano, e incluso con la interpretación sistemática, habida cuenta la ubicación del artículo 54 CE, en el capítulo IV del título I CE, no por casualidad denominado “de las garantías de las libertades y derechos fundamentales”. Las tensiones territoriales, especialmente en Cataluña, podrían propiciar en algún momento ese hipotético episodio de no colaboración con el Defensor del Pueblo⁹⁵.

Entre los partidarios de la competencia amplia del Defensor del Pueblo, ejercida *de facto* por los defensores desde 1983, por todos, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Defensor del Pueblo y Administración Pública», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2677.

⁹⁴ Literalmente: «Sin ánimo de agotar una definición, se ha considerado como queja toda pretensión formulada al Defensor del Pueblo por una persona individual o colectiva que, cumpliendo los mínimos requisitos de legitimación fijados por el artículo 15.1 de la Ley Orgánica, recaba su intervención para que se esclarezca un acto o una resolución de una Administración Pública, sus Agentes y Autoridades administrativas, así como, en los supuestos del artículo 28.3 de la Ley (actuaciones realizadas con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante), siempre que cualquiera de los hechos denunciados presuntamente vulneren el Título 1 de la Constitución o se desvíen de lo previsto en el artículo 103.1 de la misma, según preceptúa el artículo 9.º de la Ley Orgánica, reguladora de la institución del Defensor» (mías las cursivas) (p. 18 de la versión digital del Informe anual de 1983, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo).

Un comentario del Informe anual de 1983 puede verse en V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 47 ss. (vol. II). Asimismo, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo ...», op. cit., pp. 15 ss.

⁹⁵ Téngase en cuenta que con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo frente a numerosos preceptos de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (Ley Orgánica 6/2006), tanto el Gobierno como el Parlamento de Cataluña alegaron la inadmisión parcial del recurso por afectar a numerosos contenidos puramente competenciales, ajenos a los derechos del título I CE, defendiendo ambos poderes catalanes una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de la legitimación del Defensor del Pueblo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, constreñida por el mandato constitucional del artículo 54 CE. Una interpretación restrictiva descartada con acierto por la STC 137/2010 (FF. JJ. 2 y 3).

Y si ese eventual ejemplo de una autoridad administrativa reticente cundiese en otras más y el Defensor del Pueblo se viese abocado a ceñir su actividad de control externo de la Administración al terreno de los derechos fundamentales del título I CE, el callejón sin salida estaría servido, y no solo por la incomprensión de la ciudadanía, que difícilmente podría entender este cambio de criterio solo apto para doctos en derecho, sino sobre todo porque el propio Defensor del Pueblo encontraría no pocas dificultades técnicas para deslindar con un mínimo de seguridad jurídica qué actividades y prácticas administrativas podrían ser supervisadas por entrar en juego derechos fundamentales y cuáles no. El extenso y complejo ámbito jurídico de la seguridad social, no necesariamente relacionado en su integridad con el derecho fundamental a la seguridad social, sería un magnífico ejemplo de esa dificultad técnica, tal y como se adelantaba al inicio de este estudio.

Eso por no hablar del enorme desgaste reputacional que para el Defensor del Pueblo supondría perder una batalla tan decisiva como la de la determinación del ámbito material de su tarea central de supervisión de la Administración. Un desgaste que una institución que vive exclusivamente de la persuasión y la *auctoritas* no se podría permitir en ningún caso.

Lo anterior no quita para que en la práctica el Defensor del Pueblo ponga especial énfasis en las investigaciones con derechos fundamentales por medio. Eso ya es así y continuaría siéndolo, con más motivo, en caso de reforma legal.

También podría aprovecharse una eventual reforma para introducir una más clara y ordenada regulación de las diferentes actuaciones del Defensor del Pueblo en su labor supervisora de la Administración Pública y de los empleados a su servicio. Algo en lo que prácticamente coincide toda la doctrina, y sin necesidad de que esa más clara y ordenada regulación cuestionase los principios rectores de las actuaciones de supervisión, en particular, los principios de sumaria, informalidad, flexibilidad y dinamismo.

En esa línea, sería útil definir el contenido de las cuatro resoluciones formales del Defensor del Pueblo del artículo 30.1 LODP, a saber, advertencia, recordatorio de deberes legales, sugerencia y recomendación. Y dado que en la práctica inveterada del Defensor del Pueblo las sugerencias se ciñen al caso concreto y las recomendaciones

Ni que decir tiene que el Tribunal Constitucional no se pronunció, ni siquiera *obiter dicta*, sobre el ámbito objetivo de la tarea central del Defensor del Pueblo de supervisión de la Administración, comprensiva o no de la mera legalidad ordinaria de la actuación administrativa.

revisten alcance general, ese podría ser el sentido de la definición legal, acabando de una vez por todas con la especulación doctrinal que impera en este ámbito⁹⁶.

Por último, siempre en lo que atañe a la relación entre el Defensor del Pueblo y el Poder Ejecutivo del Estado, podría introducirse una vía de hecho para las actuaciones del Defensor del Pueblo ante posibles irregularidades administrativas de alcance general, cuando no se hubiera aceptado la recomendación del Defensor del Pueblo ni por la correspondiente autoridad administrativa objeto de supervisión ni por la secretaría de Estado competente, de la que dependiese esa autoridad administrativa, y antes de elevar esa misma recomendación al ministro o a la ministra del ramo, por lo que hace a la Administración General del Estado. Pudiendo, claro está, seguirse esta misma vía de hecho, convenientemente adaptada, frente a las Administraciones autonómicas y locales.

En lugar de reproducir por escrito ante el ministro o la ministra la misma recomendación previamente rechazada, sería conveniente procurar desbloquear la desavenencia mediante una reunión presencial al más alto nivel, desenvolviéndose la persuasión del Defensor del Pueblo en un ámbito quizá más propicio para el acuerdo que el del intercambio de escritos. En realidad, esta vía de hecho ya se ha utilizado en algunas ocasiones, aunque no en el campo de la seguridad social, al menos en los últimos años. Con la vía de hecho propuesta se trataría de extender y normalizar una práctica que solo ocasionalmente ha sido empleada. Debería ser, en cualquier caso, una práctica informal y flexible, de ahí la innecesaridad de la regulación legal, acaso contraproducente.

2. El Defensor del Pueblo y el Poder Legislativo

En cuanto a la relación entre el Defensor del Pueblo y el Poder Legislativo del Estado, conviene empezar diciendo que es la que más estudios doctrinales ha merecido a cargo de muy prestigiosos constitucionalistas y administrativistas, seguramente por corresponder a las Cortes Generales el nombramiento del Defensor del Pueblo, por ser las Cortes Generales las destinatarias de la rendición de cuentas del Defensor del Pueblo, y por actuar bajo su cobijo, aunque con plenas autonomía e independencia.

La abundancia de estudios sobre esta relación⁹⁷, muchos de los cuales incorporan numerosas y muy razonadas propuestas de *lege ferenda*, justifica que se pase aquí de puntillas y solo se introduzcan dos propuestas de política del Derecho.

⁹⁶ Un ejemplo de esa especulación teórica puede apreciarse en la propuesta clasificatoria y definitoria de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., pp. 126 ss., muy alejada de la praxis cotidiana del Defensor del Pueblo y de su entendimiento del alcance de las resoluciones del artículo 30.1 LODP. Asimismo, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 186 ss.

La primera y más novedosa, los requisitos de elegibilidad del Defensor del Pueblo y la duración del mandato. Empezando por esto último, cinco años y el cese automático por el cumplimiento del referido periodo, sin posibilidad de ejercicio del cargo en funciones, tal y como establecen expresamente los artículos 2.1 y 5.4 LODP⁹⁸, parece un arco temporal que, sin ser breve, podría dificultar el ejercicio de tan importante magistratura con la plena independencia que quiere la ley (art. 6.1 LODP), sin tener el Defensor del Pueblo que andar pendiente del juego político necesario para poder optar a la reelección⁹⁹. Piénsese en el mandato de nueve años de los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.3 CE). Y también de esa misma duración es el mandato de los consejeros de cuentas¹⁰⁰ y del *Síndic de Greuges* de Cataluña¹⁰¹. Ese mismo periodo de nueve años podría ser el mandato del Defensor del Pueblo.

En cuanto a los requisitos de elegibilidad, sobriamente recogidos en el artículo 3 LODP¹⁰², convendría añadir la condición de jurista de reconocido prestigio, en la línea de lo que se exige para los *ombudsmen* nórdicos¹⁰³. Aunque la actividad del Defensor del

⁹⁷ Por todos, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las cámaras)», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, pp. 5 ss.

⁹⁸ Para Peces-Barba el cese automático, sin posibilidad de ejercicio del cargo en funciones, estaba ligado en la mente del legislador a la no renovación del cargo, en todo caso no explicitada legalmente. Información suministrada por el propio Peces-Barba en uno de los coloquios del seminario académico, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en enero de 1992, cuyo resultado es el siguiente libro: AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

⁹⁹ El principio núm. 10 de los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019), dice así: «El mandato del Defensor del Pueblo será más largo que el mandato de la institución que le haya nombrado. La duración del mandato se limitará preferentemente a uno solo, sin posibilidad de reelección; en cualquier caso, el mandato del Defensor del Pueblo sólo podrá renovarse una vez. El mandato único preferiblemente no se establecerá por debajo de los siete años».

¹⁰⁰ Artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas.

¹⁰¹ Artículo 10 de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2009, de 23 de diciembre, del *Síndic de Greuges*.

De siete años es el mandato del *Síndic de Greuges* de la Comunidad Valenciana, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 26 de marzo, del *Síndic de Greuges* de la Comunitat Valenciana.

¹⁰² Dice así: «Podrá ser elegido Defensor del Pueblo cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos».

¹⁰³ V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 155 ss. (vol. I).

El principio núm. 8 de los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019), no exige de manera expresa una formación jurídica, aunque sí “conocimientos profesionales y experiencia apropiados, incluyendo el ámbito de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Pueblo tenga un marcado carácter político¹⁰⁴, el grueso de las actuaciones de supervisión de la Administración Pública se mueve en un terreno predominantemente jurídico y resulta llamativo que la persona que encarne al Defensor del Pueblo sea lego en derecho¹⁰⁵. Probablemente el legislador orgánico tuviera en mente esta exigencia, pese a haber desaparecido durante la tramitación parlamentaria¹⁰⁶, confiando en que *de facto* las Cortes Generales solo designasen a juristas de reconocido prestigio y así sucedió de hecho con los tres primeros defensores y sus adjuntos, pero posteriormente las cosas han sido de otra manera (defensores y adjuntos primeros) y convendría evitar que se repitiera en el futuro. Por lo demás, el vigente sistema de elección parlamentaria del Defensor del Pueblo, sin convocatoria pública alguna, no parece acorde con los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019)¹⁰⁷.

Incluso cabría pensar en un especial reforzamiento de las condiciones de elegibilidad del Defensor del Pueblo, exigiendo, por ejemplo, la condición de exmagistrado del Tribunal Constitucional, de manera que quedasen garantizados de antemano los perfiles político y jurídico, más la familiaridad con la garantía de la entera Constitución, y muy en particular de los derechos fundamentales. Por supuesto, la eventual falta de apoyos parlamentarios para la designación de entre este tipo de candidatos potenciales preferentes (hay ya un número muy significativo) abriría las puertas al requisito de la elegibilidad general antes propuesto, la condición de jurista de reconocido prestigio.

La segunda propuesta de *lege ferenda*, nada novedosa¹⁰⁸, consistiría en la previsión normativa expresa de comparecencia a petición propia del Defensor del Pueblo en las comisiones parlamentarias sectoriales, con competencias sobre las diferentes áreas de

¹⁰⁴ Así, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo ...», op. cit., p. 45.

El mismo autor (p. 51) aboga por que el Defensor del Pueblo tenga una sólida formación jurídica, pero sin proponer la necesaria condición formal de jurista entre los requisitos de elegibilidad del Defensor del Pueblo. Sí la consideran imprescindible, por ejemplo, V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Defensor del ...*, op. cit., p. 153 (vol. I), y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., 64 ss.

¹⁰⁵ Subraya el carácter eminentemente jurídico de la labor del Defensor del Pueblo, A. ROVIRA VIÑAS, «Introducción», en op. cit., p. 33.

¹⁰⁶ Muy reveladora, en este sentido, es la opinión del autor intelectual de la proposición de ley orgánica, por encargo del grupo parlamentario socialista, A. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, *El Defensor del Pueblo: Comentario en torno a una proposición de Ley Orgánica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 82.

¹⁰⁷ Dice así el principio núm. 7: «El procedimiento de selección de los candidatos incluirá una convocatoria pública y será público, transparente, basado en el mérito, objetivo y previsto por la ley».

¹⁰⁸ En este sentido, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo ...», op. cit., pp. 58 ss.

la actividad administrativa objeto de supervisión por parte del Defensor del Pueblo¹⁰⁹. Es de sobra sabido que las comparecencias del Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta Congreso-Senado y ante los Plenos del Congreso y del Senado, con ocasión de la rendición de cuentas vía presentación del informe anual ordinario (arts. 32 y 33 LODP), no son más que un rito o trámite de corte político, sin verdadero recorrido posterior ni en el seno de las Cortes Generales ni en el de la propia institución del Defensor del Pueblo¹¹⁰.

La propuesta que aquí se formula, descendiendo al ámbito de la seguridad social, consistiría en la comparecencia del Defensor del Pueblo a petición propia ante la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados¹¹¹, y la homónima del Senado. Comparecencia extraordinariamente selectiva, solo para los asuntos de mayor relevancia y tras haber agotado sin éxito todas las posibilidades para la persuasión de las correspondientes autoridades administrativas y gubernamentales. Comparecencia temática y ante un auditorio de parlamentarios supuestamente especializados en asuntos laborales y de seguridad social, con la finalidad de aportar toda la información necesaria para la eventual intervención parlamentaria posterior en la problemática denunciada por el Defensor del Pueblo a través de los diferentes medios posibles, desde las preguntas y las interpelaciones a miembros del Gobierno hasta la presentación de proposiciones de ley por los grupos parlamentarios, pasando por la presentación por los grupos parlamentarios de proposiciones no de ley, etc.

Si se pudiera explorar esa vía parlamentaria especializada y para asuntos concretos y de la mayor relevancia, discrecionalmente seleccionados por el Defensor del Pueblo, no faltarían temas de seguridad social sobre los que comparecer. Por poner solo el ejemplo de una temática muy importante, en la que en los últimos años se vienen sucediendo diferentes recomendaciones al más alto nivel (ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones) sin éxito, el régimen del aplazamiento/fraccionamiento de las deudas con la seguridad social, muy restrictivo y de carácter discrecional¹¹², cuya comparación con el

¹⁰⁹ Una propuesta similar puede verse en F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo ...», op. cit., pp. 61-62.

¹¹⁰ En este sentido, entre otros muchos, F. SAINZ MORENO, «Defensor del Pueblo ...», op. cit., p. 59, y L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 190 ss.

¹¹¹ Aunque se trate de una comisión permanente no legislativa del Congreso de los Diputados, también tendría plenamente sentido la comparecencia ante la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.

¹¹² Artículo 31.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el reglamento general de recaudación de la Seguridad Social.

J. R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de

régimen del aplazamiento/fraccionamiento de deudas tributarias y similares, de carácter objetivo y cuasiautomático, resulta particularmente odiosa¹¹³.

3. El Defensor del Pueblo y el Poder Judicial

La última de las relaciones sobre las que proyectar las propuestas de *lege ferenda* y las vías de hecho es la relación entre el Defensor del Pueblo y el Poder Judicial, aquella en las que las discrepancias doctrinales son más acusadas, en especial cuando de la supervisión de la Administración de Justicia se trata¹¹⁴. En realidad, no interesa aquí tanto la relación entre el Defensor del Pueblo y los jueces y tribunales que encarnan el Poder Judicial como la relación entre el Defensor del Pueblo y las normas procesales (y preprocesales) que disciplinan la tutela judicial frente a las actuaciones, omisiones y vías materiales de hecho de la Administración.

Vaya por delante la indiscutible primacía de los jueces y tribunales a la hora de controlar la legalidad constitucional y ordinaria de la actuación administrativa *lato sensu*. Máxime en un sistema jurídico como el español en el que el control judicial de la Administración no solo es extraordinariamente amplio, sino que además discurre ante jurisdicciones especializadas, la contencioso-administrativa con carácter general y la social por lo que a buena parte del régimen jurídico de la seguridad social se refiere. Jurisdicciones especializadas inexistentes en algunos de los países nórdicos y anglosajones donde los *ombudsmen* están más arraigados.

En el control de la legalidad constitucional y ordinaria de la actuación administrativa en sentido amplio los jueces y tribunales y el Defensor del Pueblo se mueven en planos distintos, sin que, en consecuencia, las propuestas de *lege ferenda* y las vías de hecho que se introduzcan a continuación supongan menoscabo alguno de la tutela judicial efectiva; al contrario. Téngase siempre muy presente que una parte muy importante de las personas que presentan quejas ante el Defensor del Pueblo son muy vulnerables y

junio», en *Relaciones Laborales*, 2004-II, pp. 1131 ss., y J.A. PANIZO ROBLES, «La gestión recaudatoria de la Seguridad Social (Comentarios sobre el nuevo reglamento general de recaudación de la Seguridad Social)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2004, núm. 256, pp. 3 ss.

¹¹³ Además de las informaciones que sobre esta problemática figuran en los Informes anuales de 2020 y 2021, véase la recomendación del Defensor del Pueblo al hilo de la queja número 21010288, rechazada en el año 2022 por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. Seguramente en el Informe anual de 2022 aparecerá de nuevo información sobre esta cuestión. En la página web oficial del Defensor del Pueblo puede encontrarse la citada recomendación.

¹¹⁴ L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor ...», op. cit., pp. 159 ss., y C. GRANADOS PÉREZ, «Defensor del Pueblo y Administración de Justicia (La supervisión de la Administración de Justicia)», en AA. VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992, pp. 219 ss.

desfavorecidas desde distintos puntos de vista, no solo el económico, sin que por la mente de muchas personas pase acudir a la justicia, confiando, en cambio, en el Defensor del Pueblo.

La primera propuesta de *lege ferenda* afectaría al artículo 27.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo (ROFDP, en adelante)¹¹⁵, que dice así: «La presentación de una queja ante el Defensor del Pueblo, así como su posterior admisión, si procediere, no suspenderá en ningún caso los plazos previstos en las Leyes para recurrir; tanto en vía administrativa como jurisdiccional, ni la ejecución de la resolución o acto afectado».

Sería conveniente, por lo pronto, mantener la no suspensión de los plazos administrativos prevista en el artículo 27.2 ROFDP¹¹⁶. Fomentando de esta manera la interposición de recursos administrativos por parte de los quejosos que no lo hubiesen hecho con anterioridad a la presentación de la queja ante el Defensor del Pueblo, pudiendo precisamente la actuación del Defensor del Pueblo focalizarse en la búsqueda de la estimación total o parcial del correspondiente recurso administrativo, obviamente de tener razón el interesado a juicio subjetivo del Defensor del Pueblo. En el campo de la seguridad social así sucede muchas veces y podrían traerse a colación multitud de ejemplos¹¹⁷.

Téngase en cuenta que en el peculiar campo de la seguridad social la reclamación administrativa previa, que es el recurso administrativo propio del ámbito prestacional, siempre puede presentarse fuera de plazo, tal y como reconoce el artículo 71.4 LRJS, si bien solo para los beneficiarios y solicitantes de prestaciones de seguridad social y no para los demás interesados en los procedimientos administrativos prestacionales, según la consolidada jurisprudencia sobre el particular¹¹⁸. Ahora bien, esa peculiaridad no rige

¹¹⁵ ROFDP aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor del Pueblo, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983, con varias modificaciones posteriores, la última el 1 de marzo de 2012.

¹¹⁶ En sentido contrario, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., p. 133.

¹¹⁷ El caso de la denegación del subsidio extraordinario por cese de actividad para empleadas del hogar del Real Decreto-ley 11/2020, las más de las veces por errores formales, carencias e inexactitudes en las solicitudes y en las declaraciones responsables de los empleadores, centrándose las actuaciones del Defensor del Pueblo en el reconocimiento por parte del SEPE del derecho al subsidio de cada empleada del hogar quejosa, una vez subsanados los correspondientes errores, carencias e inexactitudes a través de la reclamación administrativa previa o de la reiteración de la reclamación administrativa previa siguiendo las instrucciones del Defensor del Pueblo. Actuaciones concluidas casi siempre con éxito, de las que se da cuenta en el Informe anual de 2021, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo.

Véase C. SANZ SÁEZ, «Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19», en *Trabajo y Derecho*, núm. 67-68, 2020.

¹¹⁸ Jurisprudencia iniciada por la STS, 7-10-1974, con muchas otras posteriores en el mismo sentido. Así, por ejemplo, la STS, 4ª, 15-10-2003, rcud 2919/2002. Para la limitación de la

fuera del ámbito prestacional, cuando de la presentación del recurso de alzada se trata y la firmeza administrativa despliega toda su virtualidad. Bien es cierto que la firmeza administrativa nunca es un obstáculo para la intervención del Defensor del Pueblo cuando considere que el quejoso tenga razón y procure hacerla valer en su beneficio de la mano, entre otros remedios posibles, de la revocación del artículo 109.1 de la Ley 39/2015, lógicamente de no haber prescripción por medio.

En cambio, convendría suspender los plazos procesales para recurrir ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y social, con la consiguiente modificación en este punto del artículo 27.2 ROFDP¹¹⁹. Suspensión desde la fecha de entrada de la queja en el registro del Defensor del Pueblo y hasta la fecha de la notificación (telemática o postal) del escrito del Defensor del Pueblo de no admisión a trámite de la queja o de cierre de la queja tras la oportuna investigación ante la correspondiente Administración sin éxito o con éxito solo parcial. De esta manera, los ciudadanos no tendrían que plantearse la alternativa entre acudir al Defensor del Pueblo o hacerlo a la justicia competente, pudiendo ir primero al Defensor del Pueblo y después, en su caso, a la justicia, sin temor a la prescripción de la acción por el transcurso del plazo procesal que sea¹²⁰.

Muy probablemente una medida legislativa así incrementaría la carga de trabajo del Defensor del Pueblo, sin que necesariamente eso supusiera una disminución considerable de la litigiosidad en vía judicial. Precisamente por ello esta propuesta de política del Derecho solo tendría sentido en caso de previo y claro compromiso político de incrementar el presupuesto del Defensor del Pueblo.

Otra propuesta de *lege ferenda*, estrechamente relacionada con la anterior, consistiría en la modificación del artículo 17.2 LODP, de modo que la judicialización del asunto individual objeto de la queja no tuviese necesariamente que conllevar la no admisión a trámite, o bien la suspensión (cierre, en realidad, las más de las veces) de las

jurisprudencia a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones de seguridad social, con exclusión de otro tipo de interesados como por ejemplo las mutuas colaboradoras con la seguridad social, por todas, la STS, 4ª, 15-6-2015, rcud 2648/2014.

¹¹⁹ En el mismo sentido, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., p. 133.

Posible suspensión de los plazos procesales contemplada en el principio número 19 de los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

¹²⁰ En la jurisdicción contencioso-administrativa el plazo general del artículo 46.1 LRJCA es de dos meses, aunque existen plazos distintos para los supuestos de actos presuntos, de la vía de hecho, del recurso de lesividad, de los litigios entre Administraciones, de la protección de derechos fundamentales, de las reclamaciones de prestaciones del artículo 29 LRJCA, etc.

Y en la jurisdicción social, el plazo de 30 días (20 días para la impugnación de altas de procesos de incapacidad temporal) del artículo 71.6 LRJS.

investigaciones ya iniciadas¹²¹. Puesto que la satisfacción extraprocésal de la pretensión supondría la conclusión del correspondiente pleito¹²², el Defensor del Pueblo podría intentar con su investigación la búsqueda de esa satisfacción extraprocésal.

Habría, eso sí, de limitarse este tipo de actuaciones del Defensor del Pueblo en asuntos individuales ya judicializados a los casos muy claros de irregularidad administrativa a juicio del Defensor. Aquellos con una alta probabilidad de terminar persuadiendo a la correspondiente Administración investigada, y además mucho antes de la fecha prevista para el enjuiciamiento, no condenando al administrado a una larga espera en sede judicial. En cambio, en los casos con razonables dudas jurídicas el Defensor del Pueblo debería abstenerse de intervenir, dejando la solución de la controversia individual a la justicia contencioso-administrativa o social, sin perjuicio del ruego al interesado para mantener informado al Defensor del Pueblo sobre el resultado judicial definitivo, pudiendo utilizarse esa valiosa información, convenientemente anonimizada, en la investigación de otras quejas similares, judicializadas o no.

De hecho, no faltan ejemplos en el campo de la seguridad social de quejas en las que no se informa por el interesado de la judicialización en curso, y sin que la Administración institucional de la seguridad social investigada informe tampoco en un primer momento de esa judicialización, de manera que cuando el Defensor del Pueblo acaba persuadiendo a la Administración de la irregularidad cometida, la solución del problema objeto de la queja se acaba trasladando al órgano judicial competente para poner fin al proceso por satisfacción extraprocésal de la pretensión¹²³.

La legitimación procesal del Defensor del Pueblo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante la jurisdicción social, fundamentalmente en el ámbito de la seguridad social en este último caso, asumiendo la condición de parte procesal en

¹²¹ Contraria a esta propuesta es la tesis de L. PAREJO ALFONSO, «El Defensor del ...», op. cit., pp. 119-120.

¹²² Contempla la satisfacción extraprocésal como medio de terminación del proceso contencioso-administrativo el artículo 76 LRJCA. Y otro tanto sucede con el artículo 22 LEC, aplicablemente supletoriamente en el ámbito de la jurisdicción social.

¹²³ Lamentablemente no pueden ofrecerse datos concretos de los ejemplos porque los mismos no se traducen en resoluciones formales del Defensor del Pueblo (sugerencias y recomendaciones) ni suelen figurar en los informes anuales, aunque no faltan ejemplos en el campo de la seguridad Social de asuntos judicializados en los que el Defensor del Pueblo consigue de la correspondiente Administración la satisfacción extraprocésal de la pretensión del interesado quejoso. De hecho, en el Informe anual de 2019, disponible en la página web oficial del Defensor del Pueblo, puede encontrarse un ejemplo, el de la queja 19014130, en el que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social acaba asumiendo el criterio del Defensor del Pueblo frente al de la mutua colaboradora MC Mutual, con la consiguiente fijación de la tesis de la competencia de las entidades gestoras (INSS e ISM) frente a las mutuas colaboradoras en la determinación de la contingencia (profesional o común) de cualesquiera prestaciones de seguridad social, no solo de la incapacidad temporal, de conformidad con el artículo 82.2 LGSS. Mutua colaboradora demandada ante la jurisdicción social por la persona quejosa, con satisfacción extraprocésal de la pretensión gracias a la actuación del Defensor del Pueblo.

defensa del derecho o del interés legítimo del ciudadano quejoso, con su consentimiento, es objeto de una interesante disputa doctrinal¹²⁴. Aunque ningún obstáculo constitucional habría para esa legitimación procesal (activa y, en su caso, pasiva), y aunque pudiera resultar lógica y coherente en términos teóricos, en la línea de lo que sucede con los *ombudsmen* nórdicos¹²⁵, no se defiende aquí una propuesta de *lege ferenda* en ese sentido. Fundamentalmente, por dos razones barajadas por la doctrina que ha estudiado esa posible legitimación procesal¹²⁶.

La primera, la enorme sobrecarga de trabajo que supondría para el Defensor del Pueblo. La segunda, y más importante, el riesgo de debilitamiento del poder de persuasión característico de esta institución constitucional, pudiendo muchas Administraciones caer en la tentación de poner punto y final a las investigaciones del Defensor del Pueblo con el pretexto de su legitimación procesal, dejando en manos de los jueces y tribunales competentes la solución de los problemas individuales objeto de muchas quejas.

Empero, sería quizá oportuno que la legitimación procesal en cuestión la ostentara el Ministerio Fiscal, desarrollando así el artículo 124.1 CE en los ámbitos jurisdiccionales contencioso-administrativo y social. Eso permitiría al Defensor del Pueblo interesar del Ministerio Fiscal el ejercicio de la correspondiente acción judicial, con el consentimiento del interesado quejoso, debiendo eso sí el Defensor del Pueblo hacer un uso muy restrictivo de esa iniciativa, correspondiendo libremente al Ministerio Fiscal su asunción o no. La persuasión típica del Defensor del Pueblo habría de ejercerse en estos casos ante el Ministerio Fiscal en lugar de ante la Administración Pública.

Tendría que reservarse para los supuestos de litigación estratégica, ante posibles irregularidades administrativas de alcance general, con un elevado número real o potencial de afectados, y sin haber logrado previamente el Defensor del Pueblo persuadir a las autoridades administrativas y gubernamentales de la necesidad de poner remedio a las posibles irregularidades. Y, lo que es más importante, sin jurisprudencia ni doctrina judicial por medio debido a la falta de acciones judiciales entabladas por los

¹²⁴ Fundamental, a este respecto, resulta la obra de L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor ...», op. cit., pp. 163 ss.

¹²⁵ Sobre el particular, L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor ...», op. cit., pp. 174 ss.

Apuesta por la legitimación procesal del Defensor del Pueblo el principio núm. 19 de los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

¹²⁶ L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, «Intervención del Defensor ...», op. cit., pp. 168-169.

propios interesados perjudicados. Litigación estratégica aprovechando alguna queja nueva con la misma problemática de otras muchas quejas anteriores.

Situación de falta de jurisprudencia e incluso de doctrina judicial que, por difícil que pueda parecer, se da en el ámbito de la seguridad social no pocas veces, en especial cuando la materia controvertida es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que como es bien sabido no es una jurisdicción tan accesible como la jurisdicción social. Por poner solo un ejemplo muy relevante y con infinidad de quejas de los ciudadanos todos los años, el embargo por parte de la TGSS de la cuenta bancaria en la que se ingresa de una sola vez los atrasos de varias mensualidades de pensiones y prestaciones de seguridad social u otras ayudas sociales inembargables (total o parcialmente) por ley. Conforme a la inaceptable interpretación que la TGSS viene haciendo del artículo 171.3 de la Ley 58/2003, General Tributaria, sin respaldo jurisprudencial¹²⁷, el pago de los atrasos se considera un único pago y a la totalidad de la cantidad abonada, pese a responder inequívocamente a varias mensualidades (devengo mensual no cuestionado por el reconocimiento administrativo o judicial con efectos retroactivos), se le aplica sin más la escala de inembargabilidad del artículo 607.2 LEC. Las recomendaciones reiteradas en los últimos años y dirigidas a poner fin a esta ilegal práctica administrativa han sido sistemáticamente rechazadas, incluso por el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones¹²⁸. De ahí la pertinencia de una litigación estratégica auspiciada por el Defensor del Pueblo ante la generalizada pasividad de los deudores embargados en sede judicial.

A la espera de la legitimación procesal del Ministerio Fiscal, alto improbable a corto y medio plazo, habría que tirar de imaginación y pensar en una vía de hecho, una más de las muchas vías de hecho a las que viene recurriendo el Defensor del Pueblo en sus cuarenta años de andadura. La litigación estratégica apenas aludida, y en relación con el

¹²⁷ La TGSS invoca recurrentemente el ATS, 3ª, 26-9-2019, rec. 889/2019, que se pronuncia sobre el alcance del artículo 171.3 LGT en relación con el artículo 607.1 LEC. Ahora bien, al margen de tratarse de un auto de inadmisión a trámite de un recurso de casación, que no entra en el fondo del asunto litigioso, no puede perderse de vista que el supuesto de hecho controvertido tiene que ver con la proyección del artículo 171.3 LGT hacia el futuro, con la distinción entre el salario, pensión o prestación social inembargable en el mes de su abono en una cuenta bancaria y su eventual conversión futura en un ahorro susceptible de embargo. Nada hay en la resolución judicial de Tribunal Supremo ni de forma expresa ni de forma implícita que permita avalar la aplicación hacia el pasado (atrasos de sueldos, pensiones y prestaciones inembargables) del artículo 171.3 LGT.

Véase, Mª. J. ACHÓN BRUÑÉN, «La problemática del embargo de sueldos y pensiones», en *Diario La Ley*, 2012, núm. 7918, versión digital, y M. SANTOLAYA BLAY, *El embargo de sueldos, salarios y pensiones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

¹²⁸ En los Informes anuales de 2019, 2020 y 2021, disponibles en la página web oficial del Defensor del Pueblo, hay abundancia de noticias sobre esta problemática, incluida la última recomendación, al hilo de la queja 19014612, rechazada por el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

mismo ejemplo puesto, podría encomendarse a algunos de los quejosos, informándoles sobre su derecho a la justicia gratuita, que en el ejemplo anterior les correspondería con seguridad¹²⁹, y, lo que es más importante, aportándoles a los abogados de oficio, a través de los quejosos, la fundamentación jurídica a emplear en sede judicial.

Además de la eventual solución de los problemas concretos de quienes decidieran emprender acciones judiciales con el auxilio externo e informal del Defensor del Pueblo, la información suministrada por esos quejosos, en caso de éxito judicial claro está, seguramente permitiría al Defensor del Pueblo emprender una nueva investigación de oficio o a instancia de parte con nuevas bazas para volver a la carga con el arma de la persuasión, las bazas de los éxitos judiciales de algunos quejosos estratégicamente elegidos por el propio Defensor del Pueblo, con su consentimiento por supuesto.

En caso de fracaso judicial en la litigación estratégica, tras agotar los pertinentes recursos, de nuevo con el auxilio exterior e informal del Defensor del Pueblo, podría acabar interponiendo este el recurso de amparo, tal y como prevé el artículo 162.1.b) CE. Pasaría así el Defensor del Pueblo de prestar auxilio al quejoso litigante a interponer él mismo el recurso de amparo, con o sin consentimiento del quejoso, lógicamente de haber derechos fundamentales *stricto sensu* (sección primera del capítulo II del título I, más el art. 14 CE) por medio. Téngase en cuenta que en el ejemplo puesto habría un derecho fundamental en liza, el de igualdad de trato o igualdad genérica o formal del artículo 14 CE.

4. La necesidad de cambios internos en la institución del Defensor del Pueblo

Cambiando de tercio, la propia institución del Defensor del Pueblo, en sí misma considerada, tendría también que experimentar algunos cambios *de iure* y *de facto*. Se alude a continuación solo a dos de los cambios posibles, aunque evidentemente cabría formular muchos más.

El primer cambio es el relativo a la plantilla de personal al servicio del Defensor del Pueblo¹³⁰, cuya dimensión, sin ser desmesurada, seguramente haya superado con creces el modelo reducido de plantilla implícito en la *mens legis*, y quizá también en la *mens legislatoris*. En este sentido, el artículo 34.1 LODP solo se refiere a los asesores y

¹²⁹ Dice así el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita: «En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales. Asimismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo».

¹³⁰ Sobre la plantilla del Defensor del Pueblo, L. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El Defensor del ...*, op. cit., pp. 205 ss., y J. M^a. ALONSO SECO, «Artículos 34, 35 y 36», en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 855 ss.

no al resto de empleados de la oficina o *staff* del Defensor del Pueblo. Y para todos los asesores se predica la libre designación y el cese automático en el momento de la toma de posesión del nuevo titular de la institución constitucional (art. 36 LODP). Algo solo imaginable para un modelo de oficina del Defensor del Pueblo de tamaño reducido, el pensado por el legislador orgánico e implantado inicialmente¹³¹, aunque superado con mucho por la realidad con el paso del tiempo.

En la medida en la que *de facto* la llegada de un nuevo titular de la institución no supone el cese real de la plantilla, ni siquiera de los asesores, constituyendo dicha plantilla una verdadera organización burocrática, integrada por empleados públicos estables, con vocación de permanencia hasta la jubilación en la mayoría de los casos, no pueden continuar eludiéndose los principios constitucionales de mérito y capacidad del artículo 103.1 CE¹³².

Carece de sentido que la totalidad del personal al servicio del Defensor del Pueblo, incluidos los múltiples empleos instrumentales (administrativos, informáticos, técnicos de mantenimiento, ordenanzas, etc.), resulte designado libremente, al menos con carácter general¹³³. Como carece de sentido que suceda otro tanto, de nuevo con carácter general¹³⁴, con los asesores ordinarios, por mucho que lo haya avalado el Tribunal Supremo¹³⁵. Asesores ordinarios que no tienen con el titular de la institución en cada momento una genuina relación de confianza, la propia de los asesores de verdad, siendo realmente empleados públicos con sobresaliente estabilidad, al estilo de los funcionarios

¹³¹ Muy interesantes los datos que sobre la plantilla de asesores del Defensor del Pueblo figuran en el Informe anual a las Cortes Generales de 1983: un total de 27 asesores entre responsables de área y asesores ordinarios, reserva del cargo de responsable de área para funcionarios de cuerpos superiores de las Administraciones y dedicación temporal, con especial énfasis en garantizar el regreso al cuerpo funcional de origen sin ningún perjuicio. Nada que ver con la situación en el año 2022.

¹³² El principio núm. 22 de los "Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)", adoptados por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019), otorga al Defensor del Pueblo la capacidad para seleccionar a su personal, pero nada dice sobre la designación del personal o no.

¹³³ A modo de excepción, en el siguiente link puede verse una convocatoria reciente de personal administrativo con publicidad y respeto de los principios de mérito y capacidad:

<https://www.defensordelpueblo.es/convocatoria/administrativos/>

¹³⁴ También de manera excepcional algunas plazas de asesores del Defensor del Pueblo se han publicado en el BOE y se han concretado en procesos selectivos objetivos, con respeto de los principios de mérito y capacidad. El último ejemplo puede verse en el BOE de 24 de enero de 2019.

¹³⁵ STS, 3ª, 8-10-2019, rec. 473/2017, aunque en el caso concreto el Defensor del Pueblo incurriera en desviación de poder al haber autolimitado su facultad de libre designación para acudir a un procedimiento público y competitivo, posteriormente dejado de lado por el propio Defensor del Pueblo.

de carrera, pese a tener la condición formal de funcionarios eventuales¹³⁶, de no ser con anterioridad funcionarios de carrera, en cuyo caso quedarían en su cuerpo funcional de origen en la situación administrativa de servicios especiales¹³⁷. En fin, una figura así, en su configuración material muy alejada de la formal, no debería poder eludir los principios constitucionales de mérito y capacidad del artículo 103.1 CE¹³⁸.

Cuestión distinta son los asesores que ciertamente integran el estrecho círculo de confianza del titular de la institución en cada momento, y de sus dos adjuntos, esto es, el secretario general, los jefes de los diferentes gabinetes, los jefes de área y otros cargos similares. Solo en este muy reducido círculo tienen plenamente sentido preceptos como el 34.1 LODP (libre designación) y el 36 LODP (cese automático con la toma de posesión de un nuevo titular de la institución).

La propuesta que aquí se formula perseguiría la captación de los asesores ordinarios con el mayor perfil profesional posible, acorde con una alta retribución, similar al perfil de los letrados del Tribunal Constitucional. Y al igual que sucede con estos, en lugar de la creación de un cuerpo de funcionarios de carrera *ad hoc*, que por supuesto satisfaría plenamente el imperativo constitucional del 103.1 CE, sería preferible recurrir al sistema de cooptación temporal entre juristas de reconocido prestigio, mayoritariamente funcionarios de carrera de cuerpos jurídicos de alto nivel (docentes universitarios de disciplinas jurídicas incluidos). Sistema de cooptación con suficiente publicidad para conocimiento de los potenciales candidatos (en el BOE, por ejemplo). La designación seguiría siendo libre, como admite el Tribunal Supremo¹³⁹, pero quedarían garantizados de antemano tanto la suficiente publicidad de las vacantes como el muy alto perfil profesional de los candidatos entre los que elegir a los asesores ordinarios.

Puesto que la persuasión jurídica (y de otra índole) es la única arma del Defensor del Pueblo, y la persuasión de ejercicio es tributaria de la solidez y la elocuencia de los argumentos empleados en las diferentes actuaciones del Defensor del Pueblo, el mayor perfil profesional de los asesores ordinarios parecería una exigencia tan obvia como

¹³⁶ Artículo 31.4 ROFDP.

¹³⁷ Artículos 35.2 LODP y 31.2 ROFDP.

¹³⁸ Dice así el artículo 31.3 ROFDP: «La selección del personal al servicio del Defensor del Pueblo se realizará por éste libremente, con arreglo a los principios de mérito y capacidad. En estos nombramientos se procurará dar prioridad a funcionarios públicos». La referencia a los principios de mérito y capacidad tiene un carácter retórico, pues los términos “libre designación” y “principios de mérito y capacidad” son por definición incompatibles. En consecuencia, no contempla de verdad la normativa reguladora del Defensor del Pueblo la aplicación genuina de los principios de mérito y capacidad del artículo 103.1 CE. Constituye así el empleo público en el Defensor del Pueblo una excepción a la regla general del 103.1 CE, junto a la de la Casa del Rey (art. 65.2 CE), si bien esta última por imperativo constitucional, no así en el caso del Defensor del Pueblo.

¹³⁹ Véase la nota núm. 135.

ineludible, no cumplida en todos los casos mediante el actual sistema de libre y opaca designación.

El segundo cambio interno debería afectar a la divulgación de las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo en los ámbitos jurídicos en los que menos ha logrado penetrar, seguramente por una insuficiente cultura de la divulgación más allá del terreno político y periodístico en el que habitualmente se desenvuelve, el del informe anual presentado ante las Cortes Generales y el de las noticias en la prensa generalista, casi siempre sobre asuntos elegidos por el propio Defensor del Pueblo, con llamativa ausencia de los de seguridad social¹⁴⁰.

Las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo, con la excepción de los muy escasos recursos de inconstitucionalidad, generan diferentes materiales de contenido jurídico muy poco conocidos en los ámbitos académico y científico. Y lo mismo en los ámbitos forenses, el judicial y el del asesoramiento jurídico (abogacía, etc.). La falta de penetración en los anteriores ámbitos es indiscutible en el campo de la seguridad social, aunque el problema es generalizado y las contadas excepciones no hacen más que confirmar la regla general. En los departamentos universitarios, en los congresos y reuniones científicos, en las revistas académicas y profesionales, en todo lo que gira alrededor del pujante mundo de los jueces y los profesionales del asesoramiento jurídico, las noticias sobre las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo en materia de seguridad social brillan por su ausencia, tal y como se decía en la introducción de este estudio.

Correspondería a los asesores ordinarios, en este caso especializados en el campo de la seguridad social, participar e intervenir en esos ámbitos y foros para dar a conocer las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo y los materiales jurídicos derivados de las mismas. Y todo ello no como un ejercicio personalista o vocacional, sino como producto de una cultura institucional divulgativa y de participación en todos aquellos lugares en los que se forja la cultura jurídica.

No debería nunca perderse de vista que la persuasión de la que depende el éxito del Defensor del Pueblo también ha de procurar proyectarse en ámbitos distintos al de la supervisión de la Administración Pública, aunque solo sea para acabar incidiendo más adelante y con más poder de convicción en ese mismo escenario de la supervisión, tras el fructífero y enriquecedor peregrinaje por la doctrina científica y profesional y, en el mejor de los casos, por la doctrina judicial.

¹⁴⁰ Se remite a la nota núm. 21.

VII. EL RIESGO DE MORIR DE ÉXITO

El denominador común de las propuestas (de *lege ferenda* y de nuevas vías de hecho) efectuadas en el apartado anterior, y de otras muchas a cargo de diferentes autores, es el fortalecimiento de la institución del Defensor del Pueblo y con él del Estado de derecho¹⁴¹. Fortalecimiento de las funciones del Defensor del Pueblo y consiguiente mayor carga de trabajo solo sostenibles mediante el incremento cuantitativo y cualitativo de los medios materiales y personales asignados a la institución¹⁴². Algo en lo que la propia institución constitucional no parece confiar, seguramente con razón.

De manera muy llamativa, dentro de la institución del Defensor del Pueblo se vive una permanente tensión entra la necesidad de recibir un número de quejas y peticiones de los ciudadanos relativamente alto y creciente año tras año, como si la continuidad de la institución no estuviera garantizada por la Constitución española, y el riesgo de morir de éxito, de experimentar una avalancha de quejas y peticiones que impidiera llevar a cabo de manera realista y tempestiva la labor central de supervisión de la Administración Pública. Esa tensión, unida a la escasa confianza en el incremento presupuestario acorde con una eventual avalancha de quejas y peticiones, seguramente explique que el Defensor del Pueblo nunca haya hecho uso de la singular iniciativa legislativa de la disposición transitoria única de la LODP, dejando inalterado el obsoleto marco legal y confiando por encima de todo en las vías de hecho, más fácilmente autocontrolables.

Mención especial merece la encomienda del Congreso de los Diputados al Defensor del Pueblo, de fecha 10 de marzo de 2022, para elaborar un informe sobre las denuncias por abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia católica¹⁴³. Es evidente que esta encomienda (todavía más si el resultado final fuese exitoso) podría producir un notable efecto llamada, una extraordinaria publicidad de la institución, que a buen seguro conllevará un incremento muy significativo del número de quejas y peticiones presentadas por los ciudadanos individual y colectivamente. El riesgo de morir de éxito elevado al cubo.

Quizá por esa tensión y por el riesgo de morir de éxito desde la propia institución del Defensor del Pueblo no se le esté dando la suficiente visibilidad a la útil labor

¹⁴¹ Así lo establece el principio núm. 1 de los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

¹⁴² La garantía por ley de la suficiencia de los recursos presupuestarios del Defensor del Pueblo integra el principio núm. 21 de los “Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Principios de Venecia)”, adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2019).

¹⁴³ Véase el siguiente *link*:

<https://www.defensordelpueblo.es/noticias/encomienda-congreso/>

desempeñada en el ámbito de la seguridad social. Un campo con un elevado potencial de crecimiento de las quejas y peticiones de la ciudadanía, sobre en tiempo de crisis económica o casi y más con una Administración de la seguridad social manifiestamente desbordada desde el inicio de la pandemia de la covid-19 en adelante. Falta de visibilidad que esta investigación heterodoxa pretendería modestamente paliar, a sabiendas de la necesidad de otras muchas iniciativas con esa misma finalidad, académicas y no académicas.