

El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA (DIRECTOR)

AUTORES

AGUILERA IZQUIERDO, RAQUEL

AGUT GARCÍA, CARMEN

CANO GALÁN, YOLANDA

CASTRO ARGÜELLES, M.^a ANTONIA

CEINOS SUÁREZ, ÁNGELES

FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, ÓSCAR L.

GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN

GARCÍA QUIÑONES, JUAN CARLOS

GLEZ. DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO

MANEIRO VÁZQUEZ, YOLANDA

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ

RODRÍGUEZ CARDO, IVÁN ANTONIO

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, VICTORIA

SERRANO GARCÍA, MARÍA JOSÉ

TOROLLO GONZÁLEZ, Fco. JAVIER



**Derecho del Trabajo
y Seguridad Social**

EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

UN ESTUDIO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL
DEL TRIBUNAL SUPREMO

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV
del Tribunal Supremo

Yolanda Cano Galán, Letrada del Gabinete del Tribunal Supremo y Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Aurelio Desdentado Bonete, Magistrado del Tribunal Supremo (jubilado).

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado del Estado.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

UN ESTUDIO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Director

Autores

Aguilera Izquierdo, Raquel
Agut García, Carmen
Cano Galán, Yolanda
Castro Argüelles, María Antonia
Ceinos Suárez, Ángeles
Fernández Avilés, José Antonio
Fernández Márquez, Óscar L.
García Murcia, Joaquín

García Quiñones, Juan Carlos
González del Rey Rodríguez, Ignacio
Maneiro Vázquez, Yolanda
Menéndez Sebastián, Paz
Rodríguez Cardo, Iván Antonio
Rodríguez-Rico Roldán, Victoria
Serrano García, María José
Torollo González, Francisco Javier



COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2020

Primera edición: octubre de 2020



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social: ámbito funcional, trayectoria y aportaciones más significativas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (referencia: DER2016-80327-P).

© De los contenidos, sus autores
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO papel: 090-20-203-8
NIPO en línea PDF: 090-20-204-3
NIPO en línea ePUB: 090-20-205-9
ISBN: 978-84-340-2664-3
Depósito legal: M-26629-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	Páginas
BREVE PRESENTACIÓN DE LA OBRA. <i>Joaquín García Murcia</i>	13
CAPÍTULO I. LEY Y JURISPRUDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCION. <i>Joaquín García Murcia</i>	17
1. Una primera aproximación	17
2. Implantación y estructura original del recurso de casación para unificación de doctrina	21
3. La adaptación progresiva del recurso de casación para unificación de doctrina	25
4. La apertura de nuevos horizontes para el recurso de casación para unificación de doctrina	29
5. Puntos críticos y zonas de discusión habitual en el recurso de casación para unificación de doctrina	32
6. El juicio de contradicción: elementos estructurales y pautas básicas de funcionamiento	39
7. Aspectos particulares y cuestiones intercurrentes en el juicio de contradicción	47
8. El recurso de casación para unificación de doctrina más allá de su específico régimen legal	56
CAPÍTULO II. REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: CONTRADICCIÓN, INFRACCIÓN LEGAL Y CONTENIDO CASACIONAL. <i>Óscar L. Fernández Márquez</i>	61
1. La «corrección» del derecho como «validez» y como «homogeneidad» y la casación para unificación de doctrina como garantía de aplicación «isonómica» de las normas	61

	Páginas
2. Configuración de la unificación de doctrina como recurso en interés de parte: la iniciativa «privada» como fuente de «tutela espontánea» del «interés general» (razones y contraindicaciones)	67
3. Contradicción, infracción legal y contenido casacional en la unificación de doctrina: consideración general	71
4. El requisito de infracción legal y su problemático encaje institucional en la unificación de doctrina	80
5. Los requisitos sustantivos del recurso en las casaciones de unificación de doctrina especiales	85
CAPÍTULO III. REQUISITOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: EL ESCRITO DE PREPARACIÓN DEL RECURSO. <i>M.^a José Serrano García</i>	91
1. Introducción	91
2. Los sujetos legitimados para preparar el recurso, la necesaria intervención de abogado y el órgano judicial competente	93
3. El plazo al que se encuentra sujeta la preparación del recurso	97
4. La incidencia de LexNet sobre el cómputo del plazo para preparar el recurso	99
5. La respuesta dada por el Tribunal Supremo al desajuste entre la exigencia de señalar un domicilio a efectos de notificaciones y la actuación del sistema LexNet	102
6. La asunción por el legislador de la doctrina de la jurisprudencia social sobre «la exposición del núcleo de la contradicción»	103
7. Los extremos a los que ha de alcanzar la «exposición del núcleo de la contradicción»	106
8. Las sentencias que pueden utilizarse para fundamentar la contradicción	110
9. La identificación y la certificación de las sentencias aportadas para fundamentar la contradicción	114
10. Los sujetos obligados a efectuar el depósito y el aseguramiento de la condena. Las consecuencias del incumplimiento de esta obligación ..	117
11. Los tipos de aseguramiento de la condena	120
12. La resolución sobre la preparación del recurso	123
CAPÍTULO IV. LA SENTENCIA DE CONTRASTE EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN. <i>Carmen Agut García</i> ...	127
1. La sentencia de contraste: término de comparación para la unificación de doctrina	127
2. Sentencias que pueden ser alegadas para el contraste	131
3. La sentencia de contraste en el procedimiento	153
4. La sentencia de contraste y los presupuestos del recurso	165

5.	Recapitulación: causas de inadmisión del recurso relacionadas con la sentencia de contraste	180
CAPÍTULO V. LA CONTRADICCIÓN ORDINARIA, A <i>FORTIORI</i> Y A <i>POSTERIORI</i> COMO CAUCE PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. <i>Yolanda Cano Galán</i>		
		183
1.	Introducción	183
2.	La contradicción «ordinaria» como requisito básico del recurso de casación para la unificación de doctrina	185
3.	La contradicción <i>a fortiori</i> y la ruptura de la necesidad de igualdad sustancial en los hechos probados	192
4.	La contradicción <i>a posteriori</i>	214
5.	Conclusiones	233
CAPÍTULO VI. LA POSIBILIDAD DE INVOCACIÓN DE SENTENCIAS DE «TRIBUNALES MAYORES» CON FINES DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. <i>Iván Antonio Rodríguez Cardo</i>		
		235
1.	Introducción	235
2.	La invocación como contradictorias de sentencias del TC	237
3.	El limitado impacto de la doctrina del TJUE y del TEDH	241
4.	Consideraciones finales	244
CAPÍTULO VII. LAS DIFICULTADES DE CONTRADICCIÓN EN ASUNTOS RELATIVOS A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. <i>María Antonia Castro Argüelles</i>		
		247
1.	Introducción	247
2.	En materia de despido disciplinario	250
3.	En asuntos relativos a la extinción <i>ex</i> artículo 50.1 ET	258
4.	Contradicción entre resoluciones sobre despidos objetivos	259
5.	Contradicción en materia de despido colectivo	265
6.	Las dificultades de contradicción respecto del contenido de la comunicación de la extinción	270
7.	Extinción de contratos temporales	273
8.	Valor liberatorio del finiquito de terminación del contrato	275
9.	Apunte final	277
CAPÍTULO VIII. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y OTROS ASUNTOS DE SEGURIDAD SOCIAL. <i>Ángeles Ceinos Suárez</i>		
		281
1.	El recurso de casación en unificación de doctrina a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo	281
2.	Accidente de trabajo: un concepto difícil de unificar	285

	Páginas
3. La existencia de contradicción en los casos de accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo	289
4. La existencia de contradicción en los casos de accidente de trabajo <i>in itinere</i>	294
5. La existencia de contradicción en los casos de accidente de trabajo en misión	297
6. La existencia de contradicción en los casos de enfermedad/accidente de trabajo	302
7. La existencia de contradicción y el recargo de prestaciones	308
8. La existencia de contradicción y la indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo	314
9. Otros asuntos de Seguridad Social	318
10. Conclusiones	327
CAPÍTULO IX. LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIAS NO SUSCEPTIBLES DE SUPPLICACIÓN Y LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. <i>Yolanda Maneiro Vázquez</i>	329
1. El acceso a los recursos en el orden social y el carácter extraordinario del recurso de suplicación	329
2. La unificación de doctrina en materias no susceptibles de suplicación	335
3. El juego de la afectación general como vía de acceso al recurso de suplicación respecto de sentencias irrecurribles	340
4. La supuesta irrecurribilidad de las sentencias dictadas en la modalidad especial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo	342
5. La posible recurribilidad de las sentencias dictadas a través de la modalidad especial de clasificación profesional	345
6. Las sentencias dictadas en la modalidad especial de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente y su posible acceso a suplicación	346
7. Materias excluidas de acceso al recurso de suplicación a las que se le acumula una pretensión de tutela de derechos fundamentales	348
CAPÍTULO X. RECURSO DE CASACIÓN UNIFICADORA Y EFECTO POSITIVO DE COSA JUZGADA COLECTIVA. <i>Paz Menéndez Sebastián</i>	355
1. Planteamiento del tema. Reglas generales de convivencia de las sentencias individuales y colectivas en el recurso de casación unificadora	355
2. Formulación legal del efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo en el pleito individual e interpretación jurisprudencial de entrada en el recurso de casación unificadora	359
3. Aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial a otras sentencias colectivas	370

4.	A modo de balance final. Aplicación de oficio de la cosa juzgada colectiva solo tras superar la fase de admisión del recurso	379
CAPÍTULO XI. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR MOTIVOS PROCESALES. <i>Ignacio González del Rey Rodríguez</i>		383
1.	Infracción jurídica y contradicción de sentencias en el recurso de casación para unificación de doctrina	383
2.	La contradicción de sentencias en el recurso de casación para unificación de doctrina por motivos procesales	389
3.	La infracción jurídica en el recurso de casación para unificación de doctrina por motivos procesales	399
CAPÍTULO XII. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS. <i>Juan Carlos García Quiñones</i>		409
1.	Introducción	409
2.	La revisión de hechos probados en el contexto del recurso de suplicación	413
3.	El error de hecho en la apreciación de la prueba en el recurso de casación ordinaria	439
4.	El limitado espacio para las cuestiones vinculadas con la revisión de hechos probados en el recurso de casación para la unificación de doctrina	448
5.	Valoración conclusiva	453
CAPÍTULO XIII. LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD. <i>Francisco Javier Torollo González</i>		455
1.	Introducción: acercamiento a la figura y funciones del Ministerio Fiscal	456
2.	Un breve apunte al papel de la Fiscalía en el orden jurisdiccional social y al novedoso recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad	459
3.	Antecedentes: el extinto recurso en interés de la ley	462
4.	Régimen jurídico del recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad	464
5.	Balance de la entidad cuantitativa y cualitativa del RCU interpuesto por el Ministerio Fiscal	475
6.	La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2013 y la doctrina de los días cuota	476

	Páginas
7. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 y el escrito de impugnación del recurso de suplicación	481
8. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2016 y la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones del pago de intereses por parte del FOGASA	482
9. La STS de 19 de julio de 2018 y el presupuesto del artículo 219.3 sobre la reciente vigencia de la norma en conflicto	485
CAPÍTULO XIV. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA SENTENCIA DICTADA EN RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. <i>José Antonio Fernández Avilés y Victoria Rodríguez-Rico Roldán</i>	489
1. Aproximación introductoria a la forma y contenido de la sentencia: especial referencia a los posibles pronunciamientos en la resolución del recurso	490
2. La (de)limitación de la eficacia de la sentencia dictada en unificación	497
3. La introducción de cuestiones nuevas en el ámbito casacional y sus efectos en la sentencia	499
4. El alcance de la función unificadora de la sentencia decisoria del recurso	505
5. La problemática en el establecimiento de la doctrina unificadora: opciones de mera selección vs. recreación doctrinal	508
CAPÍTULO XV. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y RECURSO DE AMPARO. <i>Raquel Aguilera Izquierdo</i>	513
1. Introducción	513
2. La interposición del recurso de casación para unificación de doctrina y la subsidiariedad del recurso de amparo	515
3. Recurso de casación para la unificación de doctrina e incidente de nulidad de actuaciones	523
RELACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	537
A) Artículos y comentarios de revistas	537
B) Monografías	541
C) Colaboraciones en obras colectivas	542
D) Comentarios sistemáticos o globales a las leyes de procedimiento laboral o jurisdicción social	545
E) Manuales y otras obras generales sobre jurisdicción social y procedimiento laboral	547
F) Documentación	547

BREVE PRESENTACIÓN DE LA OBRA

Esta obra colectiva, que tiene por objeto *El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ha sido concebida y elaborada en el marco del Proyecto I+D+i DER2016-80327-P, dedicado con carácter general al estudio de *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social: ámbito funcional, trayectoria y aportaciones más significativas*, y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Se une de esa forma a una extensa lista de publicaciones de un grupo de investigación que dio sus primeros pasos en la Universidad de Oviedo a mediados de los años noventa del siglo pasado y que desde entonces ha proseguido sus esfuerzos sin solución de continuidad, actualmente con registro formal en la Universidad Complutense de Madrid y siempre con la colaboración de profesores pertenecientes a otras Universidades, como las de Almería y Sevilla. En su trayectoria más reciente, el grupo se ha ocupado de forma sucesiva del estudio de la jurisprudencia constitucional, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la jurisprudencia social ordinaria, con la debida consideración en todos los casos a la jurisprudencia procedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como era de esperar, el trabajo que ahora se presenta no se ha desarrollado en un terreno baldío o inexplorado desde el punto de vista científico, sino más bien en un contexto de relativa abundancia de bibliografía, de la que, por cierto, el lector interesado puede encontrar una nutrida muestra en la parte final de esta publicación. Esta significativa aportación de la ciencia laboralista a la comprensión y el conocimiento del recurso de casación para unificación de doctrina, que también ha servido para el progresivo ajuste de su configuración

jurídica y para el adecuado engrase de sus ingredientes técnicos, se ha desarrollado, por otra parte, en obras de muy distinto formato y de muy diferentes características, desde el clásico estudio monográfico en forma de libro hasta el comentario puntual o periódico de resoluciones judiciales, pasando por los convencionales artículos de revista, las contribuciones a congresos en calidad de ponencias o comunicaciones, la exégesis de los preceptos legales de referencia dentro de comentarios generales y sistemáticos a las normas de procedimiento laboral vigentes en cada momento, o la confección de los pertinentes capítulos en el interior de los manuales al uso sobre derecho procesal del trabajo o jurisdicción social. Visto con la necesaria perspectiva, todo ese caudal académico merece antes que nada respeto y consideración por parte de quienes hemos intervenido en esta otra de investigación, además de la gratitud propia de quien ha podido inspirarse en esfuerzos precedentes para la construcción de su propio discurso.

La magnitud y riqueza de todo ese fondo bibliográfico no podía ser obstáculo, de todas formas, para abordar de nuevo, con renovado impulso y con los elementos de juicio que inevitablemente proporciona el paso de los años, una pieza tan sofisticada y al mismo tiempo tan determinante en nuestro sistema procesal social como el recurso de casación para unificación de doctrina, entre otras razones por su carácter esencialmente dinámico y por la multitud de matices que se han ido poniendo de relieve con ocasión de su funcionamiento práctico y el desarrollo efectivo de sus engranajes en sede jurisdiccional. Ni la acumulación de jurisprudencia sobre el recurso ha dejado de crecer a lo largo de su productiva treintena, ni se ha reducido el esfuerzo institucional en pos de su correcta canalización, ni ha decrecido el interés científico por sus resultados, ni, en fin, han llegado a desaparecer por completo sus flancos clásicos de disputa o controversia. El diseño de un estudio de estas características nunca está a salvo de riesgos, pues siempre cabe la posibilidad de que se dejen al margen aspectos de acreditada relevancia, de que se adopten prismas de análisis indebidamente limitados o de que no acabe de encontrarse el criterio óptimo para confeccionar su estructura o para la adecuada articulación de sus componentes. Pero, en cualquier caso, la obra colectiva que en estos momentos se ofrece al especialista no tiene otro propósito que visitar con ánimo de actualización y espíritu de progreso los principales puntos críticos y las habituales zonas de discusión del recurso, a la vista especialmente de su concepción institucional y su grado de elaboración en la propia instancia jurisdiccional encargada de su despliegue procedimental y de su dirección técnica.

Tras una primera aproximación al tema con fines introductorios, tarea propia e inexcusable de quien asume las pertinentes labores de coordinación,

la obra se va deteniendo sucesivamente en la amplia serie de problemas --unas veces interpretativos o de aplicación, otras veces de construcción dogmática o de dimensión mayormente conceptual—que, como acabamos de mencionar, sigue planteando el recurso de casación para unificación de doctrina. Tratando de seguir un hilo conductor dotado de una mínima coherencia, el libro se va ocupando paso a paso de los presupuestos básicos y los requisitos sustanciales de esta casación especial (*Óscar L. Fernández Márquez*), de los requisitos formales del recurso y particularmente de los que atañen al exigente escrito de preparación (*María José Serrano García*), de la identificación y caracterización de las sentencias de contraste (*Carmen Agut García*), de la operación crucial del juicio de contradicción con especial referencia a sus modalidades *a fortiori* o *a posteriori* (*Yolanda Cano Galán*), de las posibilidades de invocación de sentencias de «tribunales mayores» (*Iván Antonio Rodríguez Cardo*), de las dificultades de contradicción en asuntos relativos a la extinción del contrato de trabajo (*María Antonia Castro Argüelles*), de la particular problemática de la unificación de doctrina en materia de accidente de trabajo y otros asuntos de seguridad social (*Ángeles Ceinos Suárez*), del margen de capacidad del recurso para abordar cuestiones no susceptibles de suplicación o relativas a la tutela de derechos fundamentales (*Yolanda Maneiro Vázquez*), de la eventual interferencia en el juicio de contradicción del efecto positivo de cosa juzgada procedente de litigios de dimensión colectiva (*Paz Menéndez Sebastián*), de la modulación de algunos de los requisitos centrales del recurso cuando se alegan infracciones procesales (*Ignacio González del Rey Rodríguez*), de la barrera que supone la configuración legal de la unificación de doctrina para la revisión de hechos probados (*Juan Carlos García Quiñones*), de las hipótesis de legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del recurso (*Francisco Javier Torollo González*), del contenido y alcance de la sentencia (*José Antonio Fernández Avilés y Victoria Rodríguez-Rico Roldán*) y de la relación del recurso de casación para la unificación de doctrina con el recurso de amparo (*Raquel Aguilera Izquierdo*).

Para todos los autores debe quedar constancia del profundo agradecimiento de quien ha tenido el privilegio de asumir las atractivas y no menos delicadas funciones de dirección de la obra. Especial reconocimiento merecen sin duda quienes han tenido la gentileza de participar en la elaboración de estos estudios aun sin tener la condición formal de miembro del grupo de investigación de referencia. Ha sido una suerte contar con su aportación, de indiscutible solvencia, y con sus muy generosas dosis de entusiasmo, siempre bienvenidas en un trabajo que por su complejidad y su largo recorrido no deja de estar expuesto en cualquier momento al desfallecimiento o al bloqueo. Mu-

■ EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN EL ORDEN...

chas gracias también al sello editorial que ha permitido la incorporación de este libro al acervo de los estudios científicos en materia social, y particularmente a quienes están al frente de los correspondientes departamentos de dirección y edición dentro de la institución responsable. Esperemos que el lector encuentre en su interior suficientes motivos de interés y que pueda obtener de su consulta el provecho que todos deseamos.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

CAPÍTULO I

LEY Y JURISPRUDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Una primera aproximación.*—2. *Implantación y estructura original del recurso de casación para unificación de doctrina.*—3. *La adaptación progresiva del recurso de casación para unificación de doctrina.*—4. *La apertura de nuevos horizontes para la unificación de doctrina.*—5. *Puntos críticos y zonas de discusión habitual en el recurso de casación para unificación de doctrina.*—6. *El juicio de contradicción: elementos estructurales y pautas básicas de funcionamiento.*—7. *Aspectos particulares y cuestiones intercurrentes en el juicio de contradicción.*—8. *El recurso de casación para unificación de doctrina más allá de su específico régimen legal.*

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción está estrechamente ligado a la reordenación de la planta judicial española tras la Constitución de 1978. Si en un pasado aún no remoto hubo que sacar a escena el recurso en interés de ley para asegurar la primacía del Tribunal Supremo frente al antiguo Tribunal Central de Trabajo dentro de ese parti-

cular dominio de la jurisdicción ordinaria, con la descentralización del recurso de suplicación a partir de esas bases constitucionales, era prácticamente inevitable la implantación de un nuevo medio de impugnación de sentencias capaz de salvaguardar, en ese nuevo sistema jurisdiccional, la posición jerárquica del intérprete máximo de la ley. Se trataba de garantizar la unidad de criterio en la interpretación y aplicación de las normas de contenido laboral o social y, a la postre, de seguir concentrando la producción de jurisprudencia social en la cúspide de la jurisdicción ordinaria, esto es, en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Los Tribunales Superiores de Justicia podían culminar la organización judicial en el ámbito de sus respectivas comunidades autónomas, pero, por sus propias limitaciones territoriales, carecían de la capacidad funcional necesaria para dar la última palabra sobre la interpretación y aplicación de un sistema normativo que, al fin y al cabo, es común para el conjunto del Estado y que se corresponde, además, con un poder judicial también unitario.

Parecía de todo punto necesario, así pues, el establecimiento de un cauce procesal especial, de último grado, para dar unidad y coherencia a la doctrina emanada de juzgados y tribunales en el orden social de la jurisdicción, con independencia de que el nuevo recurso también se sustentara en una cierta idea de colaboración entre esos distintos niveles de la jurisdicción ordinaria. Mediante el recurso de casación para unificación de doctrina el Tribunal Supremo, en efecto, tenía la oportunidad, no solo de definir y asentar su propio criterio, sino también de recibir y valorar nuevas opciones de interpretación y aplicación de la ley a través de las decisiones adoptadas en aquel escalón intermedio del orden jurisdiccional social. En cualquier caso, y como fue anotando la propia jurisprudencia, el recurso de casación para unificación de doctrina nacía precisamente con la función institucional de «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia» (TS 307/2018, de 15 de marzo), con el cometido explícito, a fin de cuentas, de procurar «la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico» en el ámbito de la jurisdicción social (TS 979/2018, de 27 de noviembre) y de ese modo garantizar «la homogeneidad de la doctrina» (TS 650/2018, de 19 de junio).

Concebido originalmente para eliminar o reparar las contradicciones acaecidas en el ámbito específico de actuación de los tribunales superiores de justicia, o en el ámbito de sus relaciones con el Tribunal Supremo, tras un par de décadas de funcionamiento el recurso de casación para unificación de doctrina experimentó una notable ampliación de sus horizontes y de su campo de operaciones, como detallaremos más adelante. Con esa apertura de fronteras se buscaba, por una parte, un singular refuerzo de su genuina función de ela-

boración de pautas interpretativas uniformes y de creación de jurisprudencia social unificada, que desde ese momento podía actuar también con un cierto carácter preventivo o supletorio, en tanto que con la nueva ordenación legal del recurso la intervención jurisdiccional de máxima autoridad –la del TS– podía ser activada, no solo por la acreditada existencia de contradicción, sino también por la posibilidad de que ello ocurriera, esto es, por razones que a fin de cuentas tienen que ver con el buen acondicionamiento del sistema legal y jurisdiccional ante previsibles necesidades, por así decirlo. Pero, por otra parte, el legislador de 2011 perseguía asimismo la conversión del recurso de casación para unificación de doctrina, partiendo de sus estrictos contornos iniciales, en un canal también apto para la recepción y expansión de la doctrina elaborada por tribunales especializados en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, que pasaba de esa forma a ser susceptible de invocación directa en este específico contexto de lucha contra la disparidad o la contradicción interpretativa y que, en consecuencia, podía hacerse valer por medios procesales internos o domésticos ante eventuales interpretaciones de signo contrario o discordante dentro de la jurisdicción ordinaria. Si la primera de estas medidas estaba encaminada básicamente a proporcionar usos suplementarios de la unificación de doctrina para las propias tareas de los tribunales del orden social, con la segunda de ellas se abría una puerta al exterior para favorecer el diálogo entre la jurisdicción social y otras jurisdicciones más especializadas con el fin de procurar la homogeneidad interpretativa en una esfera tan delicada de las relaciones sociales como la relativa a los derechos básicos de la persona. En el primer caso se reforzaba la unificación interna de doctrina, mientras que en el segundo se instalaba en la jurisdicción ordinaria una vía de penetración de la doctrina constitucional e internacional sobre derechos humanos.

Como no podía ser de otro modo, el papel protagonista en la configuración y regulación de este especial recurso de casación recayó desde el principio en el legislador. Al igual que tantas otras piezas de la maquinaria procesal, el recurso para unificación de doctrina es un producto de la ley cuyo régimen jurídico depende estrechamente de las decisiones que en cada momento, y dentro del marco constitucional, vaya adoptando el titular de la potestad legislativa. Pero el tiempo fue demostrando que la propia jurisdicción encargada de su aplicación también tenía mucho que decir al respecto. La experiencia de aplicación del nuevo recurso muy pronto puso de manifiesto que, por diferentes motivos, las previsiones normativas de referencia necesitaban con mucha frecuencia el complemento de la labor interpretativa y esclarecedora típica de los tribunales. Unas veces por lagunas o insuficiencias de regulación (como era el caso del escrito de preparación del recurso en su formulación inicial), otras

veces por dificultades de articulación de las reglas existentes (como las relativas al cómputo y la dinámica de ciertos plazos), y otras, en fin, por la misma envergadura del presupuesto habilitante (sostenido al fin y al cabo en la compleja base de la contradicción). Lo cierto es que los problemas de interpretación y aplicación del recurso fueron llegando con creciente intensidad ante la propia Sala encargada de su resolución y que ello fue dando lugar a un abundante acervo jurisprudencial que a estas alturas es de todo punto imprescindible no solo para su práctica procesal cotidiana sino también para su cabal comprensión y conceptualización. Obviamente, esa doctrina jurisdiccional también ha servido al legislador para la progresiva decantación del régimen jurídico de la casación para unificación de doctrina, con independencia de sus propios programas de reajuste o remodelación. Un influjo que puede verse, por ejemplo, en la definitiva recepción legal de los requisitos de aptitud de la sentencia de contraste y de las exigencias de contenido de los escritos de preparación y sustanciación que progresivamente había ido fijando el Tribunal Supremo. Como tantas veces sucede, legislación y jurisprudencia serían desde muy temprano factores complementarios e interdependientes en el proceso de configuración y estabilización del recurso de casación para unificación de doctrina.

En términos generales puede decirse con tranquilidad que la doctrina jurisdiccional sobre la casación para unificación de doctrina, que naturalmente procede de la Sala de lo Social del TS y que en esencia ha sido validada por el TC desde su particular perspectiva de enjuiciamiento, ha contribuido tanto a la racionalización de ese innovador medio de impugnación de sentencias como a su definitivo asentamiento y a su adaptación progresiva. De hecho, la jurisprudencia elaborada por el TS a partir del recurso de casación para unificación de doctrina (que en una porción nada desdeñable se contiene también en los autos emitidos en fase de admisión, y no solo en sus sentencias) es en un alto porcentaje jurisprudencia sobre el propio recurso: sobre su finalidad o razón de ser, sobre su caracterización específica dentro del sistema general de recursos del orden jurisdiccional social o sobre sus condiciones de viabilidad. Desde sus primeras intervenciones el TS mostró, en efecto, un razonable interés en acondicionar los mimbres del recurso a su función institucional, a veces por propia iniciativa y bajo una declarada convicción acerca de la imperiosidad de dicha tarea, y otras muchas veces, lógicamente, a instancia de los propios recurrentes o, en su caso, del Ministerio Fiscal. De toda esa labor se desprende, a la postre, el afán del TS de configurar la casación para unificación de doctrina como un recurso no solo extraordinario sino también de carácter excepcional, entre otros motivos por lo que supone de incrustación de un muy peculiar tercer grado dentro de un orden jurisdiccional que ha tenido entre sus pilares

más característicos el principio de instancia única. Con observancia por supuesto de los criterios de flexibilidad extraídos por la jurisprudencia constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, contrarios en todo caso a la aplicación de pautas de rigor excesivo, el TS fue modelando el recurso de casación para unificación de doctrina como un cauce de impugnación estricto y selectivo, tanto por su sofisticada maquinaria de funcionamiento como por su previsible impacto en el terreno de los costes, esfuerzos y niveles de eficiencia del propio sistema jurisdiccional. Era una cuestión de acondicionamiento técnico, pero también de razonable cautela ante una innovación procesal de tal calibre, que suponía nada menos que la implantación de una «casación especial» que recogía muchos de los caracteres de la casación clásica pero que también se presentaba con perfiles propios. A esa vía de recurso más tradicional le unía la función general de defensa del valor y sentido de la ley en el ámbito de la labor judicial, pero junto a ese objetivo común emergía ahora el más particular de eliminación de contradicciones o divergencias interpretativas incompatibles con la unidad del sistema o carentes de justificación desde esa perspectiva global.

2. IMPLANTACIÓN Y ESTRUCTURA ORIGINAL DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Como seguramente se recordará, el recurso de casación para unificación de doctrina fue introducido en nuestro orden jurisdiccional social con ocasión de la reestructuración jurisdiccional programada por la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, que en su base trigésima quinta, tras dar carta de naturaleza a este novedoso medio de impugnación, se ocupó de sentar las líneas básicas con vistas a su ordenación legal definitiva, con el consiguiente encargo al legislador delegado. Actuando como una especie de pórtico o piedra angular, esa pieza normativa de base tenía por objeto fijar las paredes maestras del nuevo recurso de casación para unificación de doctrina, que quedaba abierto a la impugnación de «las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia..., cuando fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo», con la condición esencial, justamente, de que la mencionada contradicción pudiera advertirse «respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos». Con esas pre-

misas, en las que las nociones de «contradicción» e «identidad» empezaban a brillar con luz propia, y siempre dentro de sus objetivos de preparación de los cimientos para la subsiguiente construcción legal, la Ley 7/1989 procedió también a la identificación de los sujetos legitimados para la interposición de esta nueva modalidad del recurso de casación («cualquiera de las partes», además del Ministerio Fiscal), a la tipificación de las causas que podían conducir a su inadmisión («cuando se incumplan, de manera manifiesta e insubsanable, los requisitos procesales para recurrir o cuando la pretensión carezca de contenido casacional, unificador de doctrina»), y a la determinación del radio de acción y efectos de la sentencia (de modo que la estimación del recurso «producirá efectos sobre las situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida», mientras que el pronunciamiento desestimatorio «no alcanzará a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones contrarias precedentes»). Para su conocimiento y resolución fue designada, como no podía ser de otro modo, la Sala Cuarta o Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

La Ley 7/1989 fue articulada, como también es probable que tenga presente el lector, por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, que aprobó una nueva versión para la que en aquellos momentos aún se conocía como «Ley de Procedimiento Laboral». Sus artículos 215 a 225 se ocuparon de este nuevo recurso, para el que, después de acoger y confirmar los términos imperativos de aquella base legal, se precisaron diversas cuestiones relativas a su régimen jurídico, entre ellas el plazo disponible para su preparación (diez días siguientes a la notificación de la sentencia impugnada), los requisitos que habían de cumplimentarse para su válida interposición y formalización (con la singular exigencia de «relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias y con fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada, así como del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia»), las causas que podían conducir a la inadmisión del recurso (referidas, como anunciaban las bases de referencia, al incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de dichos requisitos o aquella carencia de contenido casacional), los trámites de traslado a la parte o partes personadas con vistas a su eventual impugnación (con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal «sobre la procedencia o improcedencia de la casación pretendida»), y las reglas sobre deliberación, fallo y efectos de la sentencia (que había de resolver «el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina», y que debería decidir asimismo «sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación»).

Tras la aprobación del texto articulado de 1990 contábamos ya con los soportes legales necesarios para la puesta en funcionamiento del recurso, que tuvo lugar en efecto al cabo de poco tiempo y que, por cierto comenzó a tener presencia en la propia labor jurisprudencial desde los primeros meses de 1991 (con dos conocidas sentencias del TS de 2 de febrero de ese año, ambas sobre prestaciones por desempleo). En cualquier caso, esta primera regulación específica, que en buena medida sigue siendo útil para comprender el impacto de la unificación de doctrina en nuestro sistema judicial, quedaba complementada a su vez por las «disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación» que también proporcionaba aquella ordenación legal del procedimiento laboral del año 1990, al calor, de nuevo, de las previsiones programáticas de la Ley de Bases del año anterior. Desde su artículo 226 hasta el que figuraba bajo el número 233, la LPL-1990 se ocupaba efectivamente de las eventuales obligaciones de depósito y consignación oficial de la cantidad objeto de condena, de la designación de letrado y en su caso de representante a favor del recurrente, de la hipótesis singular de nombramiento de defensor de oficio, de las condiciones extraordinarias de admisión de nuevos documentos o alegaciones, de la posibilidad de proceder a la acumulación de recursos en trámite con identidad de objeto y de las reglas atinentes a la imposición del pago de costas, con sus correspondientes precisiones y salvedades. Parecía lógico que todo ello fuera de aplicación también al recurso de casación para unificación de doctrina. Pero la aplicación al recurso de casación para unificación de doctrina de esas disposiciones comunes mostraba algo más.

Si bien se mira, todas estas disposiciones legales, que sistemáticamente fueron interpretadas y matizadas por la incesante e ingente labor jurisprudencial que fue desplegada desde sus primeras experiencias de aplicación, ponían de relieve, si es que hubiera hecho falta, las dos dimensiones más destacadas y más perceptibles en el recurso de casación para unificación de doctrina desde la perspectiva general del sistema de medios de impugnación del orden social de la jurisdicción. De un lado, la esencial afinidad del recurso de casación para unificación de doctrina con aquellos otros dos recursos extraordinarios más tradicionales en el ámbito de la jurisdicción social (suplicación y casación ordinaria), a los que también le unían, con las variaciones y matices correspondientes, otros muchos puntos de su arquitectura, especialmente en lo que se refiere a los planos de formalización y tramitación. De otro, su incontestable singularidad frente a esos compañeros de viaje, desde la identificación de su objeto (la reparación de contradicciones o divergencias) hasta el posible contenido de la sentencia (encaminada a fin de cuentas a la «unidad de doctrina»), pasando, sin ir más lejos, por la clase de resoluciones recurribles (con exclu-

sión de los autos), por la particularidad de su base de sustentación jurídica (ante la ausencia formal del clásico listado de motivos de recurso) o por su restricción a los problemas de valoración y fundamentación jurídica (con las consiguientes barreras para introducirse en la revisión de hechos probados, a sabiendas en todo caso de la porosidad a veces existente entre las circunstancias fácticas y los razonamientos jurídicos).

De cualquier modo, la existencia de esos rasgos diferenciadores no sirve por sí sola para la caracterización completa del recurso. Contando desde luego con esa característica función de eliminación y prevención de disparidades, es evidente que la casación para unificación de doctrina está estrechamente unida a sus congéneres en la tarea común de defensa en sede jurisdiccional del interés general u objetivo de la ley (*ius constitutionis*), más allá del interés específico de las partes en litigio. De ahí que la jurisprudencia se haya encargado de resaltar la importancia en la casación para unificación de doctrina de los elementos estructurales de la casación ordinaria a la hora de precisar su configuración y sus condiciones de operatividad. Uno de ellos es desde luego la necesidad de que el recurrente proceda en todo caso a la denuncia de «infracción legal» respecto de la sentencia impugnada, un requisito que en esta casación especial no figura exactamente como motivo del recurso pero que, junto al quebranto de jurisprudencia, ha merecido una consideración prácticamente equivalente por parte del máximo intérprete de la ley, al incorporarse al panel de datos que han de quedar debidamente consignados en los correspondientes escritos de preparación e interposición; es verdad que en el recurso de casación para unificación de doctrina la idea de infracción legal parece ir implícita en la exigencia de contradicción (y más aún la de quebranto de jurisprudencia), pero, como acertadamente ha puesto de relieve la jurisprudencia, la alegación sobre ese particular elemento es una exigencia legal con sustantividad propia, que desde el punto de vista conceptual y funcional puede y debe desligarse del puro alegato de existencia de resoluciones contradictorias. Otro tanto puede decirse de la idea de «contenido casacional», que ha de concurrir en la casación para unificación de doctrina al igual que en la casación ordinaria, aunque en esa casación especial tenga mucho que ver, inevitablemente, con su típica finalidad de unificar doctrinas divergentes o corregir doctrinas contradictorias con la ya unificada, de modo que será causa de inadmisión o desestimación, como aclararía la jurisprudencia, o bien la búsqueda de otros objetivos o bien la impugnación de sentencias concordes con la doctrina previamente fijada y, por lo tanto, no necesitadas de este tipo de intervención jurisdiccional.

3. LA ADAPTACIÓN PROGRESIVA DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Tal vez fuera esa sabia combinación de impulso y cautela mostrada tempranamente por la jurisprudencia la causa última del éxito alcanzado por la casación para unificación de doctrina en el ámbito de la jurisdicción social, donde, a diferencia de lo ocurrido en otros órdenes jurisdiccionales, no tardó en encontrar un cómodo alojamiento que progresivamente se fue solidificando. Al margen ahora de las críticas que desde sus primeros momentos fueron vertidas a propósito de determinados ingredientes de su configuración normativa, o de las valoraciones negativas que ocasionalmente se hayan podido transmitir acerca de sus aportaciones reales o sus resultados prácticos, es indudable que el recurso de casación para unificación de doctrina entró con buen pie en el entramado de la jurisdicción social, donde desde hace tiempo figura entre sus piezas estelares, pese a su relativa juventud. Pasada ya la época de mayor efervescencia o de más viva expectación en torno a su devenir o su grado de efectividad, parece claro que poco a poco se han ido desvaneciendo sus mayores frentes de oposición o sus iniciales motivos de reproche. Desde hace ya mucho tiempo, y por supuesto en los momentos actuales, el recurso ocupa buena parte de la actividad de la Sala de lo Social del TS, y proporciona la porción más voluminosa de la doctrina del máximo intérprete jurisdiccional en el ámbito de la legislación laboral y de seguridad social, materia ésta que fue precisamente la de mayor presencia en sus primeros años de rodaje. A todo ello ha contribuido sin duda la diligencia y perspicacia de quienes a lo largo de los años se han encargado tanto de su ordenación normativa como de su conducción y dirección en el ámbito forense. En ambos terrenos, el recurso de casación para unificación de doctrina ha podido mostrar, afortunadamente, altas dosis de vitalidad y dinamismo, lo que le ha permitido cubrir sin mayores contratiempos una ya larga trayectoria y lo que le granjea la posibilidad de augurarle un futuro próximo sin especiales sobresaltos.

En el plano normativo la actualización de mayor calado del recurso de casación para unificación de doctrina tuvo lugar con la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), como vamos a ver enseguida. Antes, como se sabe, fue aprobado un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, mediante el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Pero esta nueva ordenación legal de los procesos típicos del orden jurisdiccional social no supuso en verdad modificaciones de especial relieve en la regulación específica de la casación especial para unificación de

doctrina, más allá de un inocuo cambio de numeración de preceptos motivado por la adición de determinados pasajes normativos que, aun perteneciendo a otros capítulos del procedimiento laboral, obligaron a posponer (hasta el artículo 216) el comienzo del bloque normativo consagrado en particular a esta aún novedosa vía de impugnación de sentencias. Ningún impacto formal ni directo tuvo en esta materia, por otra parte, la sistemática labor de actualización o modernización de los procedimientos judiciales efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de diciembre, de implantación de la oficina judicial en nuestra jurisdicción ordinaria, que naturalmente también afectó al orden social. Hasta esas fechas, en consecuencia, el recurso de casación para unificación de doctrina seguía funcionando prácticamente con sus herramientas originales.

En cambio, la LRJS sí introdujo cambios de evidente consideración en el recurso. Además de un nuevo ajuste en la numeración de la correspondiente serie de mandatos normativos (que pasaron a ubicarse en los artículos 218 a 228, más las consabidas «disposiciones comunes» de los recursos de suplicación y casación), las innovaciones de la LRJS se proyectaron en primer término sobre algunos de los «puntos críticos» de la ordenación legal de la unificación de doctrina, respecto de los que el legislador mostró, por cierto, un alto grado de receptividad hacia los criterios interpretativos emanados de la Sala de lo Social del TS y las deficiencias de regulación advertidas por esa misma instancia jurisdiccional con ocasión de la administración y gestión de ese recurso extraordinario. Por lo pronto, y al margen de algún otro cambio de carácter formal en este terreno, la LRJS supuso la introducción de mayores niveles de exigencia en el escrito de preparación del recurso, en el que según el nuevo texto legal se habría de «exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos», y en el que también habría que hacer «referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción», todo ello acompañado de dos precisiones importantes: que las sentencias invocadas como doctrina de contradicción «deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso», y que las sentencias que no hubieran sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación «no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición» (art. 221). Prácticamente todas ellas son reglas que, como habrá podido notar el lector avezado, se corresponden con posicio-

nes interpretativas decantadas y sostenidas durante las décadas anteriores por la jurisprudencia, como la necesidad de invocar sentencias firmes para contraste (TS 14 de julio de 1995, roj 10694/1995) o la exigencia de seleccionar una sola sentencia de contraste por cada punto de discusión (TS 3 de noviembre de 2008, rcud 3883/2007, y 20 de enero de 2015, rcud 587/2014).

Como consecuencia de esas modificaciones, y como complemento de las mismas, la LRJS también se hizo cargo de forma expresa de los efectos que podía deparar para el recurrente el incumplimiento de esa clase de requisitos de acceso al recurso, de tal modo que «si el escrito de preparación no contuviera las menciones exigidas para la fundamentación del recurso» la Sala de suplicación habría de declarar, mediante auto, «tener por no preparado el recurso, quedando firme, en su caso, la resolución impugnada», aunque con la posibilidad de interponer recurso de queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo contra dicha decisión (art. 222). Ese mismo resultado se preveía también para otras hipótesis de incumplimiento o deficiente actuación del recurrente, como el hecho de que la resolución impugnada no fuera recurrible en casación, que el recurso no se hubiera preparado dentro de plazo, o, en general, que se hubieran incumplido de manera insubsanable, o no se hubieran subsanado dentro del término conferido al efecto, los requisitos necesarios para la preparación del recurso (art. 222 en relación con art. 230.5).

La LRJS de 2011 supuso asimismo diversos ajustes para la fase de interposición del recurso, de nuevo por aquel patente propósito del legislador de concretar los trámites necesarios para la viabilidad de este tercer grado del proceso social. En ese sentido, la LRJS dejó claro de entrada que en el contexto de la «relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada» el recurrente no solo tenía que evidenciar «que concurre la sustancial contradicción de sentencias», sino que también debía argumentar «sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219» (art. 224). Una exigencia que inmediatamente después quedaba intensificada al imponerse a los recurrentes la estricta regla de que «solo podrá invocarse una sentencia por cada punto de contradicción, que deberá elegirse necesariamente de entre las designadas en el escrito de preparación y ser firme en el momento de la finalización del plazo de interposición», aunque con el pequeño paliativo de que «con el escrito de interposición, de no haberse aportado con anterioridad, podrá hacerse aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias, acreditando su firmeza en la fecha de expiración del plazo de interposición, o con certificación posterior de que ganó firmeza dentro de dicho plazo la sentencia anteriormente aportada».

Todo ello se redondeaba con una mención más detenida y completa de las causas de inadmisión del recurso en la mencionada fase de interposición, en la que iban a quedar reflejados muchos de los cambios producidos en la fase de preparación y en la que, en especial, se iba a dar acogida expresa al catálogo de causas que podían justificar en esa otra fase precedente la decisión de poner término anticipado al curso del proceso. Como resultado de esa irradiación de los motivos de rechazo del recurso propios de la fase de preparación, la fase de interposición obtenía en términos generales mayor consistencia legal que en los textos precedentes. Por otro lado, con la regulación proporcionada por la Ley 36/2011 la pretensión del recurrente de dar continuidad al proceso por esta especie de tercer grado jurisdiccional podía ser objeto de inadmisión (o en su caso de desestimación mediante sentencia) por cuatro razones: incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso, carencia sobrevenida del objeto del recurso, falta de contenido casacional de la pretensión y desestimación previa de «otros recursos en supuestos sustancialmente iguales» (art. 225). Desde luego, todas ellas son causas razonables de inadmisión o desestimación del recurso, pero, bien mirado, todas y cada una de ellas pueden suscitar llegado el caso problemas de interpretación de cierta enjundia, aunque también es verdad que el grado de virulencia de esta potencial discusión, como la experiencia práctica ha podido ir demostrando, ha sido sensiblemente menor al que se ha podido apreciar a propósito de otros pasajes legales.

Por lo demás, con la LRJS también sufrieron algunos cambios de relevancia los preceptos comunes de los tres recursos extraordinarios típicos del orden social de la jurisdicción, que en esta ocasión pasaron a ocupar los ordinales 229 al 235 en el correspondiente texto normativo. Entre otras novedades, cabe destacar a tales efectos la ampliación de las reglas sobre consignación de la cantidad objeto de condena en materia de seguridad social (art. 230.2), la reformulación de la regla sobre admisibilidad de documentos nuevos (art. 233), la habilitación al órgano judicial para la imposición de multas por mala fe o temeridad (art. 235.3), o la introducción de la posibilidad de que las partes alcancen un «convenio transaccional» en cualquier momento durante la tramitación del recurso (art. 235.4). Naturalmente, el recurso de casación para unificación de doctrina también quedaría afectado, en la medida pertinente, por las reformas de carácter general sufridas por nuestro sistema judicial en años posteriores, como las efectuadas por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que, por ejemplo, supuso la transformación de la figura del antiguo secretario judicial en la más moderna de letrado de la Administración de justicia.

4. LA APERTURA DE NUEVOS HORIZONTES PARA EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Con todo, el nuevo semblante del recurso de casación para unificación de doctrina a partir de la Ley 36/2011 estuvo en buena medida marcado por los dos nuevos pasajes incorporados al artículo 219 de dicho texto legal, muy enraizados precisamente con lo que podríamos calificar como núcleo duro del recurso y muy ligados a su propia configuración institucional, como al lector le será fácil de apreciar. Son éstas, por otro lado, las previsiones normativas que mejor reflejan, sin ningún género de dudas, aquel proceso de expansión y ampliación de funciones de la casación especial de unificación de doctrina al que con anterioridad hicimos ya referencia. Como en aquel momento tuvimos ocasión de decir, esta apertura de horizontes en favor del recurso de casación para unificación de doctrina se fue proyectando en dos direcciones distintas, aunque en ambos casos con fines de refuerzo y enriquecimiento de sus posibilidades de formación de jurisprudencia. De un lado, se quiso facilitar la entrada en la jurisdicción ordinaria de la doctrina especializada en materia de derechos fundamentales y libertades públicas procedente de tribunales especializados en la materia. De otro, se daba al TS la oportunidad de elaborar –de modo preliminar, anticipado o incluso subsidiario– una base jurisprudencial unificada apta para evitar los consabidos riesgos de contradicción en relación con mandatos legales potencialmente controvertidos, o en situaciones más o menos extraordinarias de divergencia interpretativa en las que la hipótesis ordinaria de funcionamiento del recurso puede encontrar serias dificultades.

La primera de esas novedades fue ensamblada mediante el añadido de un párrafo 2 a dicho precepto legal, en el que se incluyó, como ampliación funcional respecto de los contornos precedentes del recurso, la posibilidad de alegar como «doctrina de contradicción» la establecida en instancias jurisdiccionales externas al ámbito de dirección del Poder Judicial, y por supuesto distintas de las inicialmente consignadas en la ley. Se trataba, como habrá podido adivinarse, de «las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España», en lo que es una clara alusión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa. La viabilidad de las sentencias del TC como posible punto de contraste en el recurso de casación para unificación de doctrina había suscitado ciertamente alguna discusión en sus primeras fases de rodaje (como deja ver la sentencia TC 16/1995, de 24 de enero), pero, en todo caso, quedaba claro con la reforma legal de 2011 que la alegación de estas nuevas vetas de

doctrina jurisdiccional en ese contexto había de cumplir «los presupuestos del número anterior», esto es, la concurrencia de suficientes elementos de igualdad y la existencia de contradicción entre la sentencia impugnada en el recurso y la sentencia de contraste, en el bien entendido de que en este singular escenario todo ello habría de estar referidos, en buena lógica, «a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades». Como es natural, tal pretensión también iba de condicionar el alcance de la sentencia de resolución del recurso, que «en dicho punto de contradicción» se tendría que limitar «a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado». El pasaje legal de referencia concluía –y concluye– con una mención especial a «las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario», cuya doctrina también pasaba a formar parte de ese nuevo recorrido funcional del recurso, «con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad», es decir, con limitación a las pretensiones de tutela de esa clase de derechos. Lógicamente, esta primera apertura del recurso de casación para unificación de doctrina tendría consecuencias importantes en algunos de sus pasos o de sus componentes, particularmente en la conformación del juicio de contradicción y en el contenido posible de la sentencia, como tendremos ocasión de ver.

La segunda novedad legal, también de irreprochable envergadura, motivó por su parte la construcción de un párrafo 3 dentro de aquel mismo artículo 219 de la Ley 36/2011, para completar las facultades del Ministerio Fiscal en este excepcional recurso. Ya tuvimos ocasión de ver que dicha instancia tenía en todo caso competencias de indudable relieve en el recurso de casación para unificación de doctrina, por gozar desde el principio de legitimación activa para interponerlo y por su preceptiva intervención en el proceso aun cuando su promoción procediera de otros sujetos. Pero la Ley 36/2011 le añade una competencia de singular protagonismo, que el propio legislador conecta con la «función de defensa de la legalidad» típica de esa entidad pública y que también tiene mucho que ver con la función general del propio recurso. Se trata, en definitiva, de la concesión al Ministerio Fiscal de legitimación activa para interponer directamente el recurso en determinados supuestos especiales, ya sea de oficio, ya sea a instancia de determinadas organizaciones representativas de intereses profesionales involucrados en el ámbito del empleo o de la seguridad social («sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa»). Esta específica legitimación queda condicionada, no obstante, a que concurra algu-

na de las tres hipótesis previstas a tales efectos por el legislador: a) que se hubieran dictado «pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales», siempre que no existiera doctrina unificada «en la materia de que se trate»; b) que se constate «la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos», y c) que «las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo».

En tales supuestos, el recurso podrá ser preparado por la Fiscalía de Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia impugnada a la Fiscalía de la correspondiente Comunidad Autónoma, «mediante escrito reducido a la manifestación del propósito de entablar el recurso y exponiendo sucintamente la fundamentación que se propondrá desarrollar en el mismo». Dicho escrito habrá de ser presentado ante la Sala que dictó la resolución impugnada, y a partir de ese primer trámite debe ser trasladado «a las demás partes» (es decir, a las partes del litigio en cuestión), con independencia de que ellas mismas hubieran o no preparado recurso contra la mencionada sentencia, y con la particularidad de que, dentro de los cinco días siguientes, tales sujetos pueden solicitar «que en el recurso el Ministerio Fiscal interese la alteración de la situación jurídica particular resultante de la sentencia recurrida y el contenido de las pretensiones que el ministerio público habría de formular en su nombre en tal caso». Trascurrido ese plazo, y al margen de que se hubieran presentado o no escritos de las partes en el sentido expuesto, habrán de elevarse los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo junto con los escritos de preparación que se hubieran presentado y las actuaciones que se hubieren practicado hasta ese momento en el estado en que se encontraran, dentro de los cinco días siguientes y previo emplazamiento de las demás partes que no hubieran recurrido.

Las actuaciones ulteriores deberán seguirse ante la Sala de lo Social del TS conforme a las reglas generales del recurso de casación para unificación de doctrina, pero con alguna particularidad tanto en su desarrollo efectivo como en sus consecuencias. Por lo que se refiere al primero de esos puntos, el precepto de referencia alude sobre todo a «las adaptaciones necesarias teniendo en cuenta las especialidades de esta modalidad del recurso». Por lo que atañe al segundo, y para el caso de estimación del recurso, el legislador ha

previsto que la sentencia de casación, además de fijar en el fallo la doctrina jurisprudencial, pueda afectar «a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubieren adherido al mismo». Para la hipótesis de que no se hubiera hecho solicitud de parte en tal sentido, o de que las partes sencillamente no hubieran recurrido, dispone el artículo 219 LRJS que la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la resolución judicial recurrida y que, de ser estimatoria y en caso de afectar a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, debe fijar en el fallo «la doctrina jurisprudencial». En tal supuesto, concluye esta serie de especialidades normativas con el mandato de que el fallo se publique «en el *Boletín Oficial del Estado*» y con la importante precisión de que a partir de su inserción en dicho soporte «complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo».

5. PUNTOS CRÍTICOS Y ZONAS DE DISCUSIÓN HABITUAL EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Es claro que la apertura de esos nuevos horizontes para la unificación de doctrina podía implicar, al mismo tiempo que un notable ensanchamiento de su ámbito funcional, la emergencia de nuevos retos interpretativos y de zonas de debate técnico hasta ese momento inexploradas acerca de su alcance funcional o sobre sus condiciones de admisión a trámite y de viabilidad procedimental. Tanto la invocación de «doctrina de contradicción» procedente de «tribunales en la cúspide» distintos del que pone cierre a la jurisdicción ordinaria (a veces conocidos como «tribunales mayores»), como la puesta en marcha del recurso por parte del Ministerio Fiscal en aquellas circunstancias especiales previstas por la legislación de 2011, esconden en su seno suficientes puntos de incertidumbre como para necesitar, una vez más, el típico auxilio de la jurisprudencia. De hecho, no son pocas a estas alturas las ocasiones en las que esas nuevas posibilidades de uso del recurso de casación para unificación de doctrina han hecho notar sus particulares problemas de gestión a través de las pertinentes resoluciones de la Sala de lo Social del TS. En el primer caso (unificación de doctrina social ordinaria a partir de la jurisprudencia de aquellos otros tribunales especializados), la elaboración de las correspondientes pautas de interpretación y aplicación de la ley por parte de esa instancia jurisdiccional ha sido provocada normalmente, o bien por la incertidumbre inicial acerca del

alcance real en ese singular contexto de los requisitos generales de identidad entre los asuntos contrastados y contradicción entre los fallos correspondientes (TS 119/2018, de 8 febrero, 719/2018, de 5 de julio, o 186/2020, de 2 de marzo), o bien por la conveniencia de aquilatar desde esta nueva perspectiva la propia función institucional del recurso (TS 454/2018, de 26 de abril). En el segundo caso, la mediación interpretativa del TS se ha debido sobre todo a la necesidad de arrojar alguna luz sobre las condiciones de ejercicio de las nuevas facultades de promoción atribuidas al Ministerio Fiscal, particularmente en relación con el dato de «modernidad» que han de presentar las normas en cuestión para que se encuentre justificada la búsqueda preventiva de una interpretación unificada (TS 788/2018, de 18 de julio).

Pero la llegada de esos nuevos frentes de controversia con la reconfiguración del recurso en el año 2011 no ha significado el cierre completo de los focos de discusión que desde sus primeros compases fue poniendo de relieve tanto la práctica efectiva del recurso como la labor de exégesis y comentario acometida a su alrededor por la doctrina científica. Es verdad que la efervescencia de ese arsenal clásico de dudas y cuestiones interpretativas acerca de la casación para unificación de doctrina quedó bastante atenuada con aquellas reformas legales, que en muchos casos venían a dar respuesta, precisamente, a las deficiencias de regulación o a las demandas de clarificación que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había ido recibiendo o advirtiendo con ocasión de su minucioso trabajo de desmenuzamiento y racionalización del recurso. No obstante, ni los problemas interpretativos típicos de las primeras versiones del recurso llegaron a desaparecer por completo, ni pudo cesar, en consecuencia, el flujo de explicaciones de procedencia jurisdiccional sobre los correspondientes temas en litigio. Más bien ha venido sucediendo lo contrario. La acumulación creciente de jurisprudencia en materia de unificación de doctrina es un hecho que no se debe tan solo al incremento del número de asuntos, sino también al carácter vivo y prácticamente indomable que presenta el recurso tanto en su fuente de alimentación como en muchos de sus aspectos procedimentales. Pueden aparecer, como ya vimos, nuevas superficies borrosas a raíz de las correspondientes innovaciones legales, pero no hay que olvidar nunca que el recurso de casación para unificación de doctrina está montado sobre unos presupuestos que, más allá de su propia complejidad, se suelen mostrar bastante dependientes de las circunstancias del caso concreto, con todo lo que ello acarrea para las labores de interpretación y aplicación. Es de tener en cuenta asimismo que algunas líneas medulares del recurso se nutren de piezas comunes del sistema general de medios de impugnación que suelen requerir aquí la oportuna tarea de adaptación, y que sus exigencias más características

remiten por lo general a conceptos de gran abstracción necesitados habitualmente de una mínima concreción o precisión en el contexto de cada proceso, como es el caso, sin ir más lejos, de las nociones básicas de identidad y contradicción.

Basta un somero repaso a la jurisprudencia sobre unificación de doctrina de nuestros días para apreciar la subsistencia de buena parte de los semilleros de controversia de los primeros años de rodaje del recurso, pese a la ingente doctrina jurisdiccional acumulada sobre el particular y, en muchos casos, a pesar de las modificaciones introducidas por el legislador con fines de aclaración o de superación de las dificultades detectadas inicialmente por la doctrina científica o por la propia jurisprudencia. No es difícil tropezarse de nuevo, por ejemplo, con declaraciones del TS sobre el alcance efectivo o el correcto cumplimiento de buena parte de los requisitos de forma de los que depende la admisión, el impulso y, a la postre, la delicada trayectoria procesal del recurso. Si bien se mira, muchos de los esfuerzos interpretativos que desde los primeros momentos tuvo que hacer la Sala de lo Social del TS para ir precisando las condiciones de validez del escrito de preparación del recurso (presentes, por ejemplo, en la sentencia TS 24 febrero 1994, rcud 4021/1992), pueden percibirse aún en los pronunciamientos modernos, en los que no es extraño que se vuelva a recordar a los recurrentes que, a diferencia de la casación ordinaria, en la que dicho escrito tiene la finalidad principal es manifestar o anunciar la voluntad de recurrir, en el recurso de casación para unificación de doctrina «debe además hacer referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción y exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos» (TS 959/2017, de 29 noviembre), con la precisión de que carecen de idoneidad para llevar a cabo la pertinente tarea de comparación las resoluciones judiciales no mencionadas en el escrito de preparación, aun cuando se citen en el de interposición (TS 22/2019, de 15 de enero).

Es esa segunda fase en la construcción formal del recurso –la de interposición– la que precisamente parece haber cobrado mayor grado de protagonismo en la jurisprudencia más actual sobre unificación de doctrina, siempre con ese mismo sentido de alertar y advertir a los recurrentes sobre su extrema relevancia. La Sala de lo Social del TS viene reiterando, en efecto, que el escrito de interposición del recurso ha de observar tanto las exigencias propias de toda

casación como las específicas de la unificación de doctrina, con insistencia sobre todo en la necesidad de que quienes recurren por esta vía presenten un análisis individualizado de los hechos, fundamentos y pretensiones de todas y cada una de las sentencias invocadas para el contraste, sin que sea suficiente la reproducción de su contenido, ni siquiera cuando exista doctrina unificada y consolidada sobre el tema de recurso (TS 50/2018, de 24 de enero, y 668/2018, de 26 de junio). Al recurrente le incumben, asimismo, las sucesivas obligaciones de aportar una argumentación mínima sobre la existencia de contradicción, de expresar con precisión, detalle y claridad los puntos de contradicción respecto de todas y cada una de las sentencias objeto de comparación, de proporcionar datos suficientes acerca de los hechos, las pretensiones y los fundamentos de las sentencias contrastadas, y de explicar en su caso la irrelevancia para el correspondiente juicio de contradicción de aquellos elementos diferenciales que en una primera aproximación pudieran plantear algún género de duda sobre la idoneidad de la operación de contraste (TS 307/2018, de 15 de marzo, y 724/2020, de 23 de julio). Parte el TS, como era de esperar, de que tampoco en esta modalidad de recurso son aceptables las aplicaciones «rigo-ristas» o de innecesaria exigencia formal, pero también insiste sin desmayo en la trascendencia de los requisitos impuestos por la ley, que al fin y al cabo «cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho»; según esa doctrina, deben atenderse las pertinentes posibilidades de subsanación, y no deben rechazarse las pretensiones de los recurrentes por puros defectos formales o técnicos cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer de manera precisa y real su argumentación, pero ello no supone que pueda admitirse el recurso cuando no cumpla de manera adecuada sus exigencias sustanciales, que son exponente además de su naturaleza extraordinaria (TS 699/2020, de 22 de julio).

Con buena lógica, desde el principio quiso dejar claro el TS que pesa sobre la parte recurrente la carga de acreditar la concurrencia de los pertinentes requisitos legales y, en especial, la existencia de contradicción entre las sentencias objeto de contraste (TS de 2 de julio de 1994, rcud 3500/1993), pero quizá sobresalga en los últimos años su insistencia en la necesidad de observar la exigencia básica de «fundamentación de la infracción legal cometida». La jurisprudencia moderna, en efecto, viene recordando de modo persistente que el recurrente no solo debe proceder a la oportuna denuncia, sino que también ha de ofrecer sobre la infracción denunciada una argumentación suficiente, cuya falta, naturalmente, de ninguna manera puede ser suplida por el tribunal, pues ello sería manifiesta violación del principio rogatorio y de los derechos de la

parte contraria (TS 172/2018, de 20 de febrero). No se cumple este requisito, por lo tanto, con la sola indicación de los preceptos supuestamente infringidos o dejados de aplicar, pues, al ser condición esencial del recurso la existencia de diferentes opciones o propuestas interpretativas, resulta ineludible un razonamiento expreso y claro «sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (TS 146/2020, de 18 de febrero, 153/2020, de 18 de febrero, y 199/2020, de 3 de marzo, todas ellas con cita abundante de jurisprudencia). Evidentemente, la infracción denunciada ha de referirse a instrumentos reguladores con fuerza normativa, de los que desde luego puede ser manifestación una cláusula de convenio colectivo estatutario (TS de 17 de septiembre de 1996, rcud 96/1996), pero no las llamadas «normas internas» de la empresa (TS 168/2020, de 25 de febrero), ni los «pactos, acuerdos o decisiones» que no estén dotados de aquel efecto jurídico (TS 187/2020, de 3 de marzo). Similar consideración cabría aplicar en principio a la adicional exigencia de fundamentar en el recurso el «quebranto» producido por la sentencia impugnada «en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de jurisprudencia», aunque esta otra faceta de los motivos implícitos de la casación especial para unificación de doctrina no parece haber recibido por parte de la jurisprudencia igual grado de rigor, al no concebirlo estrictamente como un requisito de carácter autónomo respecto de los presupuestos estructurales del recurso y, en particular, respecto de la nota de contradicción (TS de 2 de julio de 1997, rcud 303/1994).

No hace falta decir que el recurrente tiene la posibilidad de alegar diversos motivos en sus escritos de preparación e interposición del recurso, siempre que cada uno de ellos cuente con el debido sustento y que con ese proceder no se provoque en realidad una descomposición artificial de la controversia (TS 12/2020, de 13 de enero, y 212/2020, de 5 de marzo). En todo caso, no es aceptable la incorporación de motivos que no tengan correspondencia con el previo recurso de suplicación (TS de 6 de febrero de 1998, rcud 2020/1997), pues en ese momento procesal ha de tener su origen a fin de cuentas la nota de identidad que actúa como base para el pertinente juicio de contradicción (TS 188/2020, de 3 de marzo). Por razones fundadas en última instancia en el principio de justicia rogada y en el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución, tampoco es posible como regla general la incorporación de documentos nuevos a las alegaciones del recurso, que solo serían admisibles cuando, además de resultar condicionantes o decisivos para la solución del litigio, no se hubiesen podido aportar anteriormente por causas no imputables a la parte y, si fuera el caso (como ocurre con las resoluciones judiciales o administrativas), siempre que hubieran alcanzado la cualidad de «firmeza»

(TS 719/2018, de 5 de julio, 188/2020, de 3 de marzo, y 231/2020, de 11 de marzo). Lógicamente, el órgano judicial receptor del recurso no puede extender el debate del proceso más allá de los temas planteados por las partes, pues su carácter extraordinario también limita las facultades revisoras de la Sala, que no está habilitada para la eventual corrección de infracciones no denunciadas salvo supuestos excepcionales de orden público procesal (TS de 17 de mayo de 1995, rcud 3036/1994). Por otro lado, a la hora de examinar y resolver el recurso, la Sala en absoluto se ve obligada a seguir las preferencias de orden que pudieran haber sido mostradas por las partes en sus respectivos escritos (TS 307/2018, de 15 de marzo), aunque sí puede alterar por su propio criterio el orden de discusión y decisión de los diferentes motivos del recurso, a la vista de su impacto global o relativo en la solución de la correspondiente controversia (TS 704/2020, de 10 de octubre). En este sentido, son prioritarias a juicio del TS las cuestiones procesales que se presentan como previas por su inevitable incidencia en el fondo del asunto (TS 606/2019, de 31 de julio), que han de resolverse con anterioridad a las que puedan depender del destino final del litigio, como sucede con el pronunciamiento sobre costas respecto de la cuestión básica de falta de jurisdicción (TS 805/2019, de 26 de noviembre).

Aunque no con demasiada frecuencia, la ausencia de contenido casacional sigue apareciendo en la jurisprudencia como causa típica de inadmisión o desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina (TS 1066/2018, de 13 de diciembre); una causa que por mor de la propia jurisprudencia puede decirse que goza ya de suficiente certeza acerca de su significado, y que se ha considerado apreciable, de modo señalado, cuando la sentencia recurrida es acorde con la doctrina unificada de la Sala (TS 980/2018, de 27 noviembre), por cuanto de ese modo contiene la doctrina «correcta» (TS 65/2020, de 18 de enero), o cuando se pretende una resolución favorable sobre la base de hechos no acogidos por la sentencia de suplicación recurrida (TS 307/2018, de 15 de marzo). Como no se cansa de repetir el Tribunal Supremo, las pretensiones de revisión de hechos probados entrañan en efecto la pérdida de objeto del recurso, en tanto que presuponen el desconocimiento de su naturaleza, «porque en él solo han de compararse las consideraciones de alcance doctrinal y efectos decisorios sobre la interpretación de las normas y no las apreciaciones o valoraciones de hechos que, aunque relevantes en orden a la subsunción, no constituyen propiamente doctrina a efectos de su unificación» (TS 606/2018, de 7 de julio). La finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina, como también ha repetido hasta la saciedad el supremo intérprete de la ley, determina que no sea posible en su seno ni revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni abordar cues-

tiones relativas a la valoración de la prueba, pues su objeto es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia», algo que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos (TS 307/2018, de 15 de marzo).

Tampoco ha desaparecido en la jurisprudencia moderna sobre unificación de doctrina la necesidad de que el tribunal de casación se pronuncie de nuevo sobre sus márgenes de maniobra a la hora de tomar decisiones sobre el fondo del asunto. Con reiteración ha tenido que recordarse a sí mismo el TS, con el consiguiente mensaje a los interesados, que en ese trance de resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina la Sala goza de «libertad» en el sentido de que, respetando los límites que en todo proceso imponen los términos del correspondiente debate y los contornos propios de todo recurso extraordinario, puede optar o bien por alguna de las tesis mantenidas «en las sentencias contrastadas», o bien por ninguna de ellas, pudiendo pronunciarse en consecuencia sin ese tipo de ataduras «sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido»; una libertad que, para más detalles, no se aplica solo al resultado del pleito sino que también alcanza, con mayor razón aún según la propia Sala, «a los argumentos en que se apoya», y que de ningún modo puede estimarse que incurra en el vicio de incongruencia por el solo hecho de distanciarse respecto de las doctrinas objeto de comparación, pues a fin de cuentas es ésa una opción –una especie de margen de apreciación– que forma parte de las competencias del tribunal (TS 243/2019, de 26 de marzo) y que, dicho sea de paso, cuenta con suficiente apoyo desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial e efectiva (TC 172/1994, de 7 de junio). Con el recurso de casación para unificación de doctrina ha de buscarse, en definitiva, la solución jurídica más fundada desde una perspectiva objetiva, al margen de los argumentos manejados por las partes en los casos confrontados o de las posiciones sostenidas en las correspondientes sentencias de suplicación. Algunas circunstancias pueden limitar, no obstante, los márgenes de decisión del tribunal de casación. Una de ellas es la existencia de doctrina unificada sobre la materia, a la que habrá de ajustarse la sentencia por un elemental principio de seguridad jurídica (TS de 2 de julio de 1997, rcud 303/1994), en tanto que no sobrevengan circunstancias normativas o de otra índole que aconsejen un cambio en la doctrina (TS de 25 de abril de 1997, rcud 3075/1996). Otra es la estimación del recurso como resultado del contraste de la sentencia impugnada con doctrina constitucional (o «doctrina especializada» procedente de instancias supranacionales), en cuyo caso el tribunal de casación no parece que tenga más opción que aplicar esta última (TS 666/2016, de 14 de julio).

Aunque no haya precisiones legales sobre tal aspecto, parece claro que como regla general la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina debe procurar una resolución sobre el fondo del asunto. No podrá hacerlo, obviamente, cuando tenga que decantarse por la nulidad de actuaciones por razones de orden público procesal y proceda sencillamente la confirmación de una sentencia precedente (como ocurre en la sentencia TS de 17 de mayo de 1995, rcud 3307/1993), o cuando sea preceptiva la retroacción de los autos al momento procesal oportuno para el adecuado examen del asunto (TS 70/2019, de 29 de enero, y 344/2020, de 14 de mayo). Pero no todas las infracciones o irregularidades de índole jurisdiccional o procedimental tienen estas consecuencias. No tiene por qué suceder así, concretamente, cuando la devolución de los autos resultare innecesaria y no existieran riesgos de indefensión para las partes, por disponerse de suficiente alegación sobre sus respectivas posiciones. En tal caso, el tribunal de casación podrá adentrarse en el fondo del asunto, como sucede, por ejemplo, cuando la cuestión hubiera quedado sin respuesta en fase de suplicación ante el rechazo por parte del órgano judicial de su propia competencia, hipótesis en la que «esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, al declarar la competencia de este orden jurisdiccional social para conocer del litigio planteado, debe abordar el enjuiciamiento del mismo si, para ello, cuenta con elementos de juicio suficientes, sin necesidad de ajustarse, estrictamente a los concretos motivos de suplicación propuestos y en función de la facultad que le asiste de valorar todo el conjunto probatorio practicado en la instancia al fin determinante de la competencia de este orden jurisdiccional social» (TS de 20 de abril de 1992, roj 3328/1992). También podrá resolver la sala de casación, por poner otro ejemplo, cuando, resuelta la cuestión principal, tan solo quede pendiente un pronunciamiento sobre algún aspecto complementario suficientemente ilustrado por los autos, como la imposición del pago de costas con base en la previa incomparecencia de la parte al acto de conciliación (TS 805/2019, de 26 noviembre). Cabe, en fin, que la sentencia de unificación se limite a confirmar la sentencia de instancia cuando es ésta la que contiene la doctrina correcta (TS 670/2020, de 16 de julio).

6. EL JUICIO DE CONTRADICCIÓN: ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y PAUTAS BÁSICAS DE FUNCIONAMIENTO

Sin menospreciar la relevancia de todas esas cuestiones, es evidente que el mayor foco de discusión en el recurso de casación para unificación de doctrina sigue ubicándose en el juicio de contradicción. Identidad en los supuestos contrastados y contradicción en las respectivas respuestas judiciales constituyen desde luego requisitos esenciales de viabilidad para este excepcional re-

curso. Oficialmente se suele decir que son requisitos de «recurriridad», aunque, como reiteradamente ha querido poner de relieve la propia jurisprudencia, es muy probable que sean algo más en realidad, por su ligazón con el nervio central del recurso. Si bien se mira, forman parte de los presupuestos o elementos arquitectónicos de esta casación especial, por lo que no es de extrañar que encajen sin problemas en lo que habitualmente se entiende como «orden público procesal», con las consiguientes potestades de control de oficio por parte del tribunal encargado de su examen y resolución (TS 719/2018, de 5 de julio). Tampoco debe sorprender que la falta de contradicción sea motivo de inadmisión y en su caso desestimación del recurso (como recuerda, por ejemplo, la sentencia TS 999/2018, de 29 noviembre), pues sin la existencia de ese choque entre respuestas jurisdiccionales no tiene sentido un pronunciamiento de estas características. La contradicción entre sentencias es, por otra parte, una exigencia estructural que solo puede concebirse y explicarse a partir de la premisa de triple identidad consignada en el artículo 219.1 LRJS, de modo que podrá hablarse de pronunciamientos contradictorios cuando «en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos». De ahí que no solo haya que reparar en la eventual diferencia de la respuesta judicial, sino también en las características concretas de los litigios contrastados, pues la contradicción no pueda surgir «de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales» (por ejemplo, TS 221/2019, de 14 de marzo, y 132/2020, de 12 de febrero, con cita de otras muchas sentencias). De esa forma, la noción de «identidad» acompaña ineludiblemente a la de contradicción en el grupo de factores clave para la viabilidad del recurso, cuya respectiva comprobación, evidentemente, pasa a convertirse en una de las tareas más exigentes para la instancia jurisdiccional de referencia.

Todo ello hace que el juicio de contradicción entrañe una operación jurídica de gran enjundia y de mucha complejidad, que además puede verse condicionada, tanto en su nivel de exigencia como en su resultado final, por infinidad de variables: las características de los procesos que se comparan, la clase de litigio, la índole de las pretensiones o el tenor de los razonamientos jurídicos empleados por las partes y asumidos o rechazados por el tribunal en cuestión. Es un juicio que requiere, por otra parte, el despliegue previo de una determinada labor exploratoria en diversos momentos o planos de análisis. La primera tarea en ese complejo cometido es naturalmente la de identificación de las sentencias susceptibles de ser objeto de comparación, con la consiguiente decisión sobre las que por el contrario deben ser excluidas. El segundo paso

consiste en la confrontación de hechos, pretensiones y fundamentos relativos a una y otra sentencia, a sabiendas de que en tal trance han de utilizarse conceptos que, pese a su trascendencia para la búsqueda de identidad, ni suelen presentarse con la nitidez que sería deseable en el contexto del proceso ni tienen por sí mismos un significado unívoco e indubitable. La tercera tarea recae en la decantación de la propia noción de identidad, puesto que, como es fácil de entender, responde a un proceso intelectual que puede concebirse y manejarse con diversos grados o niveles de exigencia (¿igualdad, equiparación, semejanza, similitud, analogía?). Y la cuarta reside, en fin, en el examen propiamente dicho de la nota de contradicción, que obviamente debe calibrarse a la vista del rendimiento obtenido mediante los pasos anteriores pero que también puede admitir distintas dosis de intensidad (¿oposición, disparidad, divergencia?) y, por ello mismo, puede valorarse o comprobarse conforme a distintas escalas de escrúpulo o rigor.

La identificación de las sentencias que pueden someterse a estas operaciones de comparación y contraste con ocasión de la casación para unificación de doctrina no constituye en estos momentos una tarea de especial dificultad, una vez que, a partir de unas previsiones legales relativamente sencillas, aunque no del todo precisas, la propia jurisprudencia se ha encargado de fijar con suficiente rotundidad los términos de ese particular cotejo. Por un lado, solo pueden ser objeto de impugnación con fines de unificación de doctrina las sentencias dictadas en recurso de suplicación, con la importante precisión de que no tiene sentido, ni es pertinente, la interposición del recurso frente a decisiones que sean coincidentes con la doctrina sentada por la Sala de lo Social del TS, dado que en tal caso incurriría en causa de inadmisión o desestimación por carencia de contenido constitucional (TS 979/2018, de 27 de noviembre). Por otro, solo pueden invocarse como sentencias de contraste para el correspondiente juicio de contradicción las que procedan de tribunales superiores de justicia a través del recurso de suplicación, o las que deriven del propio TS, en cualquier tipo de recurso o proceso, siempre que, en ambos casos, sean firmes y «preexistentes», esto es, siempre que hubieran sido dictadas con anterioridad a la que es objeto de impugnación, con el matiz añadido en este caso de que han de contar la oportuna cita en los escritos de fundamentación del recurso. Ya vimos que alguna duda sobre su idoneidad para el contraste plantearon en un primer momento las sentencias del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales y libertades públicas, materias presuntamente aptas para la unificación de doctrina en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y que, como ya tuvimos ocasión de ver, motivaron precisamente algunos cambios relevantes al calor de la reforma legal de 2011. También merece la pena recordar algún pro-

nunciamiento singular de la Sala de lo Social del TS acerca de la ocasional validez para la operación de contraste de las sentencias procedentes de la Sala Primera de ese mismo órgano judicial, concretamente en temas a los que inicialmente no alcanzaba la competencia del orden social (TS de 15 de julio de 1991, roj 10245/1991). Es digna de anotación asimismo la aceptación expresa e incondicionada de las sentencias que transitoriamente hubo de poner la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tras asumir el remanente de asuntos del antiguo Tribunal Central de Trabajo (TS de 20 de abril de 1992, roj 3329/1992). Pero salvados esos pequeños escollos, desde hace mucho tiempo se sabe con absoluta nitidez que no son aptas a estos efectos ni las sentencias que en su momento fueron dictadas por ese órgano judicial ya desaparecido, ni las procedentes de la Audiencia Nacional ni las que corresponden a otras salas del propio TS. Tampoco lo son las decisiones de la Sala Especial que dentro de esa misma cúspide jurisdiccional se encarga de resolver conflictos de competencia entre los distintos órdenes que componen la jurisdicción ordinaria, que, dicho sea de paso, lleva a cabo en realidad una cierta labor de unificación, aunque sea de características muy distintas, y que, por su propia naturaleza, muchas veces influye en las opciones interpretativas que finalmente desembocan en la doctrina unificada (como puede verse en la ya mencionada TS 979/2018, de 27 de noviembre).

A partir de esas premisas, dotadas ya de un aceptable grado de certeza, los mimbres del juicio de contradicción quedan no obstante expuestos a múltiples puntos de discusión o controversia, quizá irremediablemente, ya sea por la polivalencia o imprecisión de los conceptos utilizados por el legislador, ya sea por la influencia más o menos explícita de las circunstancias de cada caso, que muchas veces son fuente de interferencias u origen de zonas de penumbra. La jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS es de nuevo muy ilustrativa al respecto. Sea por lo que fuere, no se ha detenido con especial dedicación en dar pautas o explicaciones sobre la manera más adecuada de entender en este contexto los materiales básicos de ese centro de operaciones (los «hechos», las «pretensiones» y los «fundamentos» que dibujan el paisaje contradictorio), temática sobre la que sus consideraciones son más bien indirectas o colaterales. Normalmente se ha limitado a recordar que no solo se ha de ponderar la coincidencia fáctica entre los supuestos objeto de comparación, en tanto que la condición de identidad también ha de concurrir en el terreno de las pretensiones y en el de los fundamentos (TS de 17 de mayo de 1995, rcud 2812/1994), que la apreciación de los hechos por el órgano judicial *a quo*, acertada o no, «no puede corregirse a través de este recurso», salvo que mediante una lícita aportación de documentos se incorporen hechos nuevos al debate y a conse-

cuencia de los mismos pueda constatarse la identidad fáctica sustancial entre las sentencias comparadas que inicialmente no se pudo percibir (TS 999/2018, de 29 noviembre), o que la concurrencia de diferentes disposiciones legales en los supuestos contrastados puede justificar respuestas distintas en sede judicial (TS 427/2016, de 13 de mayo). Sin embargo, es verdaderamente descomunal el número de ocasiones en las que el TS ha procurado transmitir su forma de entender los presupuestos de «identidad» y «contradicción», con independencia ahora de que ese acervo doctrinal haya permitido o no desentrañar hasta sus últimas consecuencias el sentido de unas nociones tan necesarias para el proceso de unificación de doctrina como escurridizas en su sentido y operatividad.

Valga como ejemplo de ese cúmulo de manifestaciones de la jurisprudencia social la reproducción de algunos pasajes de la sentencia TS 719/2018, de 5 de julio, en la que, por lo demás, el lector puede encontrar abundante cita de resoluciones precedentes. En ella se recuerda, por de pronto, que la contradicción de la que habla el artículo 219 LRJS requiere «que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», con la apostilla ya clásica de que dicha contradicción «no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales». El requisito de contradicción comporta –sigue diciendo la sentencia– la necesidad de una igualdad «esencial», que a la postre se traduce en el hecho de que entre los asuntos comparados no medie «diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada» (según reitera TS 65/2020, de 18 de enero). Se requiere –viene a concluir la Sala– una cuidadosa labor que normalmente implica «un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida», pero en el bien entendido de que «hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera

frontal la interpretación que se atribuye a la disposición –legal o convencional– de que se trata». No hay contradicción, por ello mismo, cuando aparecen resoluciones de signo distinto en supuestos diferentes (TS de 26 de enero de 1993, rcud 636/1992, y TS 33/2020 de 16 de enero).

Como se ha podido comprobar, para que proceda el juicio de contradicción no hace falta que exista una identidad «absoluta» entre los casos comparados, por cuanto puede bastar que sean «muy semejantes» (TS 312/2020, de 12 de mayo), o que haya «un sustrato fáctico muy similar» (TS 381/2018, de 10 de abril), aunque no suele ser suficiente la apreciación de «diversas similitudes» o «aparentes similitudes», pues tales matices no son capaces por sí mismos de garantizar que el debate se desenvuelva en efecto sobre una misma cuestión a partir de los litigios en contraste. Lo que exige el legislador, según entiende la jurisprudencia, es una identidad «sustancial» a la vista de los hechos, las pretensiones y los fundamentos jurídicos presentes en las respectivas sentencias, teniendo en cuenta los términos del debate en fase de suplicación y a tenor de los motivos propuestos en el recurso (TS 999/2018 de 29 noviembre). Aunque encierre algo de contrasentido, la jurisprudencia habla con frecuencia de supuestos «sustancialmente idénticos», probablemente para dar a entender que, en efecto, la identidad no tiene por qué ser absoluta, pues basta que sea «sustancial», aunque haya «diferencias irrelevantes» (TS 11 de febrero de 2015, rcud 2353/2013). Es preciso, por decirlo de otro modo, que no concurren elementos diferenciales entre uno y otro caso que permitan respuestas que, siendo distintas en cada uno de ellos, puedan considerarse en ambos supuestos jurídicamente fundadas y «ajustadas a Derecho». Como era de esperar, la casuística jurisprudencial ofrece innumerables datos que pueden tener trascendencia en ese sentido, como el origen último de una determinada decisión empresarial (auto TS de 19 de julio de 2018, rcud 3945/2017, sobre la instalación de GPS en el vehículo del trabajador), el alcance concreto de las cláusulas incorporadas a un pacto de expatriación (TS 945/2018, de 6 noviembre), el grado de intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo (TS 980/2018, de 27 noviembre), el margen de libertad del trabajador para asistir o no al centro de trabajo (TS 999/2018, de 29 noviembre), el tiempo restante de vacaciones con vistas a su compensación económica (TS 193/2019, de 7 de marzo), el punto concreto de discusión dentro de un mismo convenio colectivo (TS 213/2019, de 14 marzo), el tipo de compromisos asumidos mediante una determinada póliza de seguro (TS 177/2020, de 26 de febrero), o incluso el centro de trabajo de adscripción del trabajador (TS 67/2020, de 28 de enero), entre otros muchos ejemplos posibles. Como podemos deducir, el elemento diferencial determinante no solo puede encontrarse en el relato de hechos probados, sino también en las normas o en los regímenes jurídicos aplicables en cada caso (TS 427/2016, de 23 de

mayo, y 290/2019, de 4 abril), incluidos los convenios colectivos (TS 3 de febrero de 2015, rcud 2102/2013), como podría estarlo, y lo está en muchas ocasiones, en las pretensiones concretas de las partes (TS 17 de febrero de 2105, rcud. 3347/2013). No son determinantes, por el contrario, aquellas circunstancias que expresen o impliquen algún rasgo diferencial pero que no tengan efectos para la solución del asunto (por ejemplo, TS de 26 de septiembre de 2007, rcud 966/2006, y TS de 6 octubre 2011, rcud 4053/2010, a propósito de registro de ordenador; TS 149/2019, de 28 febrero, a propósito de recargo de prestaciones por accidente de trabajo, o TS 261/2019, de 28 de marzo, a propósito del devengo o no de indemnización por finalización de contrato).

La trascendencia de los hechos diferenciales, y la estrecha dependencia que en tal contexto muestra la solución judicial respecto de las circunstancias del caso concreto, es a la postre el motivo por el que determinadas materias laborales o de seguridad social son poco propicias, como se sabe, a la unificación de doctrina. Como reiteradamente ha dicho el TS, «la valoración de supuestos casuísticos y circunstanciales no es materia propia del recurso de casación para la unificación de doctrina» (ATS 14 de noviembre de 2017, rcud 1753/2017), una especie de premisa general que ha tenido consecuencias sobre todo para determinado tipo de litigios, como los referidos a la calificación del despido disciplinario, «ante la dificultad de se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en la valoración individualizada de circunstancias variables» (TS 674/2018, de 27 de junio, y 18/2019, de 10 de enero); a la imposición de recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad e higiene con resultado de accidente de trabajo, en la medida en que se trata de ponderar comportamientos condicionados por la concurrencia de particulares circunstancias (TS 639/2018, de 14 de junio), a la calificación y graduación de la contingencia de incapacidad permanente, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante como por tratarse por lo general de supuestos en que la tarea del órgano judicial se proyecta en mayor medida en la fijación y valoración de hechos singulares que en la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general (TS 231/2019, de 20 marzo, o, incluso, a la valoración de indicios que puedan dar pie a la apreciación de vulneración de algún derecho fundamental (TS 20 de enero de 2015, rcud 587/2014)).

También las ha tenido, aunque el TS no lo haya dicho de manera tan explícita, para asuntos que por su composición material guardan cierta conexión con los anteriores. Un ejemplo de ello lo ofrecen los procesos sobre extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del artículo 50 ET (TS de 26 de junio de 2008, rcud 2196/2007), en los que los rasgos diferenciales pueden derivar tanto

de los actos imputables al empresario como del propio proceder del trabajador al promover en sede judicial la ruptura de la relación laboral (TS 39/2018, de 23 de enero, 178/2018, de 21 de febrero, y 220/2018, de 27 de febrero). También lo ponen de manifiesto, tal vez con más razón aún, los pleitos que conjugan el ejercicio de acciones de despido y de extinción del contrato de trabajo contra una misma empresa (TS 724/2017, de 27 de septiembre). Algo similar cabría decir de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario (TS 717/2017, de 26 de septiembre), o de la imposición de sanciones disciplinarias al trabajador en el seno de la empresa, un tema que, por cierto, suele llegar a la fase de suplicación, y reunir las condiciones necesarias para la unificación de doctrina, cuando aparece ligado a la presunta lesión de derechos fundamentales (TS 648/2018, de 19 de junio, y 858/2019, de 12 de diciembre). Son bastante refractarios a la unificación de doctrina, en fin, los asuntos relativos a la calificación jurídica de la relación de trabajo (como pone de relieve TS 138/2018, de 13 de febrero, o TS 26 de octubre de 2015, rcud 1524/2014, para la distinción entre beca y relación laboral), entre otras razones porque esa tarea requiere habitualmente un análisis minucioso de una serie de circunstancias de hecho que suelen ser de muy difícil comparación, lo cual no implica, obviamente, que en tal materia no sea posible la operación unificadora, como es sabido perfectamente por los especialistas y como puede comprobarse mediante una ligera consulta a la jurisprudencia disponible. Ejemplos típicos de unificación de doctrina en esos terrenos pueden encontrarse en las sentencias TS 1028/2016, de 1 de diciembre, 739/2017, de 28 de septiembre, 902/2017, de 16 de noviembre, o 381/2018, de 10 de abril, mientras que la sentencia TS 44/2018, de 24 de enero, con voto particular discrepante, es una buena muestra de las dificultades que a ese respecto reviste esta clase de asuntos en determinadas ocasiones, como lo son igualmente las sentencias TS 408/2016, de 11 de mayo, y 999/2018, de 20 de noviembre. Lo importante es que exista identidad en el punto de discusión, aunque concurren diferencias poco significativas (TS 11 de febrero de 2015, rcud 2353/2013).

En realidad, todas las materias litigiosas que ofrecen cierto grado de resistencia para la unificación de doctrina –tanto las mencionadas inicialmente como estas otras– pueden presentarse en condiciones apropiadas para proceder a la comparación de los correspondientes supuestos de hecho y, consiguientemente, para apreciar la nota de contradicción. Todas ellas pueden ser aptas, por lo tanto, para que la Sala de lo Social del TS lleve a cabo la labor propia de este recurso extraordinario. Así puede comprobarse, por ejemplo, en las sentencias TS de 25 de enero de 1999, rcud 4275/1997, y 593/2018, de 5 de junio, para la extinción del contrato de trabajo; en la sentencia TS 142/2019, de 26 de febrero, a propósito de la determinación de la entidad aseguradora responsable frente a las consecuencias de un accidente de trabajo, o en la sentencia TS 863/2019, 12 diciembre,

en relación con el recargo de prestaciones de seguridad social. Los datos fácticos pueden ser fuente de diferencias más o menos cuantiosas entre unos casos y otros, pero las circunstancias particulares también pueden repetirse o reproducirse de unas situaciones a otras, de modo que podría darse perfectamente tanto la identidad de supuestos como la contradicción en las respectivas respuestas judiciales, con la consiguiente oportunidad para la labor de unificación. En ocasiones, por cierto, los hechos parecen quedar en un segundo plano y ceder el paso a la pura disputa jurídica, para facilitar de esa manera el juicio de contradicción, como ha podido apreciarse en algún pleito relativo a la toma de decisiones de modificación sustancial de condiciones de trabajo (TS 787/2019, de 19 de noviembre), lo cual podría extenderse seguramente a otras posibles medidas de reestructuración empresarial. En tales casos la necesidad de unificar la interpretación de determinados puntos críticos en la norma de referencia –como la línea de separación entre lo individual y lo colectivo, o el ámbito funcional del correspondiente cómputo de trabajadores– parece ser el elemento determinante para la constatación efectiva de los presupuestos esenciales de la unificación de doctrina. La aplicación de unas mismas normas con distintas opciones interpretativas, dicho de otra manera, puede ser en efecto un buen motivo para dar paso a la labor unificadora, siempre que los supuestos de hecho comparados revistan suficiente afinidad.

7. ASPECTOS PARTICULARES Y CUESTIONES INTERCURRENTES EN EL JUICIO DE CONTRADICCIÓN

El juicio de contradicción, por otro lado, puede presentar particularidades de diverso tenor o alcance, ya sea por la clase de sentencias objeto de comparación, ya sea por la manera de llevar a cabo la operación de contraste. También puede sufrir la incidencia, desde luego, de ciertos factores exógenos procedentes del propio entorno procesal. Un escenario particular conforma, por lo pronto, la alegación a través de esta casación especial, a efectos de contraste, de la doctrina sobre «derechos humanos o libertades públicas» procedente del Tribunal Constitucional, de los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea «en interpretación del derecho comunitario», al amparo de lo dispuesto en el artículo 219.2 LRJS. Para tales hipótesis, la jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de precisar que, aunque de ella no se pueda prescindir, la nota de contradicción ha de analizarse «de forma flexible y en atención a la finalidad que ha inspirado el hacer posible que en este recurso se invoquen dichas resoluciones», de forma que la igualdad sustancial que actúa como base para que

sea pertinente la comparación, debe venir referida aquí «a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate» (TS 186/2020, de 2 de marzo, en un caso de denuncia de incongruencia por omisión). Por decirlo de manera más directa: la labor de enjuiciamiento asignada a la Sala de lo Social del TS se encamina en estos casos a que en la jurisdicción ordinaria se proporcione al derecho en cuestión –que tiene soporte constitucional o internacional a fin de cuentas– un grado de protección equivalente al que se le presta en esas otras instancias jurisdiccionales. En realidad, sucede en estos casos que ni el juicio de contradicción se realiza en las condiciones ordinarias, ni la tarea de unificación de doctrina tiene el mismo significado, puesto que se trata más bien de preservar la primacía interpretativa de esos «tribunales mayores» respecto de la jurisdicción ordinaria en materias de su específica competencia, esto es, en lo que se refiere a ese cupo de derechos básicos.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS ha puesto asimismo de relieve que el juicio de contradicción puede tener en determinadas circunstancias un recorrido muy particular. Si en condiciones normales implica una operación prácticamente lineal en la que se van contrastando hechos, pretensiones y fundamentos de una y otra sentencia, también es posible, en efecto, que el razonamiento que en él va implícito tenga otro punto de partida y se desarrolle con un orden diferente. Muy probablemente el mejor ejemplo de ello lo ofrezca la llamada contradicción *a fortiori*, de la que de forma reiterada viene hablando la jurisprudencia más moderna y de la que pueden ser un buen exponente las sentencias TS 782/2018, de 18 de julio, y 33/2019, de 21 de enero. Esta singular variedad del juicio de contradicción –o de la contradicción sin más– puede advertirse, según esta interesante veta jurisprudencial, cuando en el caso posterior en el tiempo (el de la sentencia impugnada) concurren mayores motivos que en el caso precedente (el de la sentencia de contraste) para obtener el resultado de éste y, sin embargo, el órgano judicial que decide después –el que se somete a casación– concluye con una respuesta de signo bien distinto, con la inevitable sensación de contradicción. Por decirlo de otra manera: resuelto el primer caso en un determinado sentido, en el segundo debería decidirse el pleito del mismo modo «con mayor motivo» aún, habida cuenta que las circunstancias concurrentes, aun no siendo iguales, justificaban en mayor medida un pronunciamiento como el del caso anterior. En esos supuestos, viene a decir el TS, no puede apreciarse contradicción por el método ordinario, sencillamente por las diferencias fácticas entre las sentencias comparadas, pero sí cabe notar que la sentencia invocada para el contraste fue «más allá» que la recurrida, pese a ser construida sobre «afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión»; no existe igualdad propiamente dicha entre los supuestos cotejados, pero «el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera

producido aun en el caso de que los hechos fueran los mismos». Si se hiciera abstracción de las características concretas de cada caso, la contradicción en los resultados se apreciaría de manera flagrante, viene a precisar el TS; a fin de cuentas, son supuestos de hecho en los que, pese a la concurrencia de diferentes circunstancias e incluso de distintas pretensiones, late un mismo problema interpretativo merecedor de unidad de criterio y, en consecuencia, de la labor de unificación. Las sentencias contrapuestas son contradictorias porque dan respuestas distintas a una misma cuestión litigiosa, aunque lo hagan desde diferentes escenarios o con diferente sustrato fáctico. Es —de nuevo— como si se dijera que importa más el derecho que los hechos, aunque si se opta por la unificación es porque entre los hechos de las respectivas sentencias también se aprecia un punto de conexión, como es natural.

Conviene tener en cuenta asimismo que el juicio de contradicción a veces ha tenido que experimentar adaptaciones de cierto calibre por la clase de materiales jurídicos implicados. Es lo que ha venido sucediendo, señaladamente, a propósito de las «infracciones procesales». ¿Son susceptibles de corrección tales infracciones a través de la casación para unificación de doctrina? ¿Les son aplicables, en su caso, los mismos moldes o criterios para calibrar el presupuesto de identidad y realizar el pertinente juicio de contradicción? Inicialmente la jurisprudencia sostuvo que para que pueda apreciarse la contradicción en los recursos que denuncian infracciones procesales no solo es necesario que «las irregularidades que se invocan sean homogéneas», sino que también es preciso que en la controversia concurren «las identidades subjetivas, la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones» que exige la ley, a sabiendas de que normalmente el alcance de la infracción procesal no puede aislarse de la propia configuración sustantiva de la controversia (TS de 21 de noviembre de 2000, rcud 2856/1999). Posteriormente, sin embargo, la propia jurisprudencia fue evolucionando «desde la exigencia de identidad entre las situaciones sustantivas de cada una de las sentencias en comparación hasta entender que solo es necesaria la suficiente homogeneidad en la controversia procesal» (TS 719/2018, entre otras muchas), criterio más flexible que por cierto fue afianzado por las pautas aprobadas por la Sala de lo Social del TS en reunión de Pleno no jurisdiccional de fecha 11 de febrero de 2015, en el que se hace ver que la identidad debe estar referida «a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas». A partir de ahí, para la viabilidad del recurso se viene exigiendo desde luego la aportación de sentencia contradictoria, pero en lugar de la clásica identidad entre las situaciones sustantivas resueltas en las resoluciones judiciales objeto de comparación, tan solo se pide «homogeneidad en la infracción procesal que

se denuncia», algo que, para más señas, no puede apreciarse de oficio, ni a instancia de parte si ésta no acredita el requisito de contradicción, pues si no fuera así se le acabaría dando a la infracción el tratamiento procesal propio de la casación ordinaria, «lo que no resulta admisible» (TS 999/2018, de 29 de noviembre, con cita abundante de jurisprudencia). En definitiva, el ámbito de la casación para la unificación de doctrina comprende tanto las cuestiones sustantivas como las procesales, pero en este segundo caso, «lo que debe ser objeto de comparación son las circunstancias procesales que rodean uno y otro pronunciamiento» (TS 606/2019, de 31 de enero). La flexibilización en la labor de comparación de las sentencias en contraste no significa, por otra parte, ni que desaparezca el deber de acreditar la pertinente contradicción (TS 140/2020, de 13 de febrero), ni que pueda faltar la denuncia de infracción legal o jurisprudencial para la viabilidad del recurso (TS 583/2018, de 31 de mayo). Naturalmente, el resultado más previsible de los fallos que estiman la denuncia de infracción procesal es la nulidad de las actuaciones TS 186/2020, de 2 de marzo).

La modulación del juicio de contradicción para las infracciones procesales es con toda seguridad razonable. Pero, aparte de añadir nuevos puntos de imprecisión (como el de «homogeneidad») a una lista ya bastante recargada, no deja de suscitar algunas dudas acerca de su verdadero alcance funcional o material. Ni disponemos de una definición rotunda de infracción procesal, ni la jurisprudencia sobre unificación de doctrina ha podido proveernos de un catálogo mínimamente seguro a tales efectos. Tan solo nos ha proporcionado una especie de fondo de casos concretos, bien es cierto que bastante numeroso, del que hay que extraer tanto las particularidades que en este contexto presentan las infracciones procesales como las posibles claves para su identificación. Lógicamente, son infracciones pertenecientes a la trayectoria del proceso hasta que se dicta la sentencia de suplicación, pues con la unificación de doctrina no se juzga la labor del TS en ese concreto litigio, ni eventuales irregularidades en la promoción o formalización de esa casación especial. Con esas premisas, lo que puede decirse con mayor tranquilidad es que la incongruencia por omisión o *ex silentio* causante de indefensión parece ser el ejemplo más típico en este singular apartado del juicio de contradicción, aunque es sumamente probable que tal tipo de irregularidad en el procedimiento no pueda ni deba quedar reducido a una mera infracción procesal, por su condición de ingrediente crucial del derecho a la tutela judicial efectiva. De cualquier manera, son muchas las sentencias en unificación de doctrina que abordan la incongruencia desde esa singular perspectiva de las infracciones procesales (TS 307/2018, de 15 de marzo, 805/2019, de 26 noviembre, y 140/2020, de 13 de febrero, por citar algunas de ellas), normalmente, como era de esperar, con una recepción

y remisión explícita a la doctrina constitucional en la materia. En algún caso, también ha sido calificada como tal la deficiente presentación de los motivos de suplicación (TS 960/2017, de 29 noviembre) o del correspondiente escrito de impugnación de tal recurso (TS 606/2019, de 31 de julio), a diferencia, por cierto, de los problemas específicos que puede suscitar el acceso a ese medio de impugnación de sentencias, que muchas veces han sido asimilados a las cuestiones de orden público procesal.

Estas cuestiones –las de orden público procesal– han protagonizado, precisamente, otra de las vicisitudes más sobresalientes del juicio de contradicción. Su especialidad radica en el hecho de que puedan y deban ser apreciadas de oficio por jueces y tribunales en el ejercicio legítimo de su potestad jurisdiccional. De ahí que desde hace tiempo la jurisprudencia las haya separado expresamente de las infracciones procesales a la hora de determinar el procedimiento más correcto para su examen y resolución en el contexto de la unificación de doctrina (TS de 17 de mayo de 1995, rcud 2025/1993). El TS ha sostenido, en efecto, que por su especial trascendencia para el curso del proceso, este tipo de cuestiones merece un tratamiento autónomo o hasta cierto punto privilegiado, antes de entrar, si es que posteriormente hiciera falta, en el típico juicio de contradicción. El procedimiento de análisis es, pues, bien distinto que en el problema precedente, habida cuenta que en este caso no hay modulación del juicio de contradicción sino bloqueo o aparcamiento transitorio del mismo, ya sea para descartarlo definitivamente una vez comprobado que no procede la continuación del proceso, ya sea para retomarlo una vez decidida en sentido desestimatorio aquella cuestión preliminar y preceptiva. Desde luego, la estimación de la cuestión previa de orden público procesal puede justificar la declaración de nulidad de actuaciones y la decisión de retrotraer los autos al correspondiente punto de partida.

Como pudimos constatar en el caso de las infracciones procesales, las cuestiones de orden público procesal en el contexto de la unificación de doctrina también suelen deparar algunas dudas de cierta entidad desde el punto de vista de su irrupción o su desenvolvimiento en este especial recurso. La primera incógnita se refiere, de nuevo, a su identificación o catalogación, puesto que tampoco aquí disponemos de un listado nítido y exhaustivo. De la jurisprudencia se desprende que pertenecen a ese género la falta manifiesta de jurisdicción o la falta de competencia del órgano jurisdiccional en cuestión, con especial referencia a la competencia de carácter funcional. En realidad, al igual que la incongruencia se alza como la infracción procesal por excelencia en la jurisprudencia social de unificación de doctrina, la competencia funcional parece erigirse en la cuestión de orden público más típica o significativa en ese mismo

escenario. Se trata, en principio, de la competencia funcional de la propia instancia de unificación, esto es, de la competencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para entrar a conocer del correspondiente recurso de casación. Pero esta cuestión deriva, a la postre, de un juicio previo sobre la competencia funcional de la sala de lo social del tribunal superior de justicia del que procede la sentencia impugnada. En el fondo, no se ventila en estos casos otra cosa que «la cuestión del acceso a suplicación de las sentencias por razón de la cuantía o modalidad procedimental», que es la que a su vez condiciona la competencia del TS para entrar a conocer del recurso de casación para unificación de doctrina posteriormente interpuesto por los interesados. Esa es la razón de que la competencia funcional pueda y deba ser examinada de oficio en esa sede, «como cuestión previa a cualquier otra y con independencia de lo que las partes puedan alegar al respecto» (TS 20/2018, de 16 de enero, con cita de abundante jurisprudencia). En tanto que tiene «carácter improrrogable e indisponible», la competencia funcional de la Sala de lo Social del TS solo permite conocer «de recursos de casación unificadora interpuestos frente a resoluciones dictadas en suplicación cuando el recurso de suplicación sea legalmente admisible» (TS 1098/2018, de 20 diciembre).

Conviene advertir también de que no suelen enfocarse desde el mismo prisma las cuestiones relativas a la competencia objetiva o por razón de la materia que las cuestiones de competencia funcional. A diferencia de éstas, aquellas otras parecen situarse, por el contrario, o bien en un terreno más cercano al de las infracciones procesales, o bien, directamente, en el escenario clásico del juicio de contradicción. Es verdad que el TS alude muchas veces a las cuestiones de competencia con un sentido más general, y que incluso en alguna ocasión menciona expresamente la competencia objetiva al presentar la especialidad de las cuestiones de orden público procesal en el recurso de unificación de doctrina (TS 1074/2016, de 20 de diciembre). Pero un recorrido más sosegado por la jurisprudencia permite trazar una línea de separación clara entre competencia funcional y competencia objetiva en este contexto. Tal vez ocurra así porque la competencia por razón de la materia suele presentarse como núcleo del debate procesal entablado entre las partes, y no como un dato cuya resolución previa resulte imperiosa o preceptiva para la resolución de un asunto distinto. Por ello, la discusión acerca de si es competente o no la jurisdicción social sobre una determinada actividad profesional (TS 805/2019, de 26 de noviembre), o, en términos más generales, sobre si es competente el orden social o lo es por el contrario algún otro sector de la jurisdicción ordinaria, suele resolverse en unificación de doctrina bajo el presupuesto previo del juicio de contradicción. Así pudo advertirse ya en los primeros momentos de

funcionamiento del recurso (TS 20 de abril de 1992, roj 3328/1992), y así puede comprobarse, con datos de mayor actualidad, en los repertorios al uso de jurisprudencia social, que ofrecen muchos ejemplos de ello a propósito de la delimitación de competencias entre el orden social y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (TS 1003/2017, de 14 de diciembre, y 97/2020, de 4 de febrero), entre el orden social o el orden jurisdiccional civil (TS 102/2017, de 19 de diciembre, y 673/2019, de 1 de octubre), o incluso entre el orden social y el juez mercantil del concurso (TS 659/2019, de 25 de septiembre, y 876/2019, 17 de diciembre). El carácter polémico o cuando menos discutible de esta clase de cuestiones queda aún más claro si se repara en que, en realidad, conforman el caldo de cultivo más típico para la intervención de la Sala Especial de Conflictos del TS. Por ello, no resulta extraño que en alguna ocasión el propio TS haya declarado expresamente que la «competencia objetiva» no se encuentra comprendida en el concepto más general de «ausencia de jurisdicción», ni, por lo tanto, en aquellos supuestos excepcionales en los que puede prescindirse por definición del juicio de contradicción (TS 627/2020, de 9 de julio, con abundante cita de jurisprudencia).

Un problema adicional acerca de las cuestiones de orden público procesal en el seno del recurso de casación para unificación de doctrina surge a propósito del método más apropiado para abordarlas. ¿Qué impacto particular causan las cuestiones de orden público en lo que respecta al planteamiento formal del recurso y al modo de proceder del tribunal de casación? En buena lógica, cabe pensar que en estos casos la admisión a trámite del recurso también depende de la pertinente aportación por el recurrente de sentencia contradictoria (TS 765/2019, de 12 de noviembre, con nutrida cita de jurisprudencia), pero no siempre la jurisprudencia ha permitido llegar a tal conclusión, pues en ocasiones ha dado la impresión de prescindir por completo de aquel presupuesto (TS de 9 de marzo de 2016, rcud 3559/2014, y de 10 de marzo de 2016, rcud 1887/2014, que a su vez citan numerosos precedentes). Bien mirado, tal vez se trate más que nada de un problema de ritmo, tanto en la actuación del tribunal como en la propia descripción literaria de su proceder. No es que desaparezca o no sea exigible tal requisito (como parece decir TS 1030/2016, de 1 de diciembre), sino, más bien, que cuando se cuestiona la competencia funcional «es necesario que la parte recurrente cite y aporte la sentencia de contraste, aunque no sea precisa la contradicción» (TS 1074/2016, de 20 de diciembre, que alude al Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Social del TS de 22 de junio de 2011).

Es regla general que la cuestión de orden público se afronte antes de determinar si entre las sentencias comparadas concurre o no el presupuesto de la contradicción, de modo que esta operación solo procedería si, resuelto lo ante-

rior, hubiera que entrar en el fondo del asunto (TS 648/2018, de 19 de junio). Sin embargo, no debe perderse de vista que la admisión del recurso sigue dependiendo en estos casos del cumplimiento de los pertinentes requisitos formales. Por supuesto, la cuestión de orden público podrá ser abordada y resuelta aunque no concurra la contradicción (TS 587/2017, de 5 julio), pero eso no significa *per se* que la parte recurrente quede eximida *ex ante* de su deber de identificar la oportuna sentencia de contraste, de alegar sobre la supuesta contradicción, de proceder a la denuncia de la infracción legal y de aludir al eventual quebranto de doctrina, pues de otra forma el recurso no podría traspasar la fase de admisión. Hay ocasiones, además, en las que es necesario practicar el típico juicio de contradicción para tomar una decisión acerca de si, en su momento, se respetaron o no las pertinentes reglas de orden público (TS 709/2019, de 14 de octubre, a propósito de la competencia funcional). También puede tener alguna influencia en todo este contexto la vía de detección o advertencia de las cuestiones de orden público procesal con ocasión de este especial recurso. Cuando sean detectadas por el propio tribunal (TS de 17 de mayo de 1995, rcud 3307/1993), o se pongan de manifiesto con el pertinente dictamen del Ministerio Fiscal (TS de 25 de abril de 1997, rcud 504/1996), podrán ser apreciadas y resueltas en efecto sin necesidad de acudir a la habitual labor previa de comparación (TS 648/2018, de 19 de junio), o incluso al margen de que en una aproximación liminar concurriera o no la contradicción. En cambio, cuando sean alegadas por las partes y constituyan el núcleo de la controversia, sin descartar la posibilidad de que el tribunal las despache de oficio y de manera previa (TS 587/2017, de 5 de julio), puede ser necesario un análisis más convencional del asunto, incluido el pertinente juicio de contradicción (TS 585/2018, de 5 de junio, y 627/2020, de 9 de julio).

Una problemática similar a la que ya hemos visto a propósito de las cuestiones de orden público suele plantearse cuando en la operación de unificación de doctrina se inmiscuyen algunas otras instituciones clásicas del sistema procesal, por su especial impacto en el curso del proceso. Esto es lo que cabe advertir, más concretamente, cuando se entrecruza el juicio de contradicción con los efectos propios de la cosa juzgada. Esta particular interferencia fue advertida primeramente en relación con las decisiones adoptadas en los procesos de dimensión colectiva, que por disposición legal han de ser seguidas en los litigios individuales sobre la misma clase de asuntos. El tema conecta de alguna forma con las dudas que inicialmente mostró la propia jurisprudencia acerca de la aptitud de las sentencias dictadas en proceso de conflicto colectivo para servir de punto de contraste en el recurso de casación para unificación de doctrina, algo que fue descartado en un primer momento en razón, precisamente,

de que el valor vinculante de dichas sentencias para los litigios individuales referidos a la misma materia no puede ser invalidado por este recurso (TS de 16 de junio de 1995, rcud 3349/1994). Más tarde, sin embargo, fue admitida su idoneidad, con la pertinente corrección de doctrina, en base a que el problema esencial o de fondo puede ser exactamente el mismo con independencia de que se suscite en proceso de conflicto colectivo o proceso individual, por lo que puede tener pleno sentido procurar la unificación de doctrina también en estos casos (TS de 14 de julio de 2000, rcud 4534/1998). Resuelta esa primera cuestión, la jurisprudencia de los últimos años ha tenido que enfrentarse de manera más frontal con la manera de tratar el efecto positivo de la cosa juzgada en el contexto de este peculiar recurso, para llegar a la conclusión de que la cosa juzgada ha de ser de examen prioritario y de que ha de prevalecer la exigencia legal de aplicación en el pleito individual de lo resuelto en el proceso de dimensión colectiva, con la consiguiente relegación a un segundo plano del típico juicio de contradicción (TS 883/2018, de 2 de octubre, entre otras muchas; TS 16 de junio de 2015, rcud 609/2014, aplica este efecto en un caso en el que el fondo del asunto había sido resuelto por la sentencia de instancia).

A partir de ahí, el TS ha tenido oportunidad de referirse a este tipo de efectos con un carácter más general, para advertir en todo caso que «una vez cumplida la exigencia de contradicción, la Sala está vinculada por la cosa juzgada a la hora de decidir sobre el fondo del asunto si en ese momento aprecia la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos» (TS 117/2020, de 7 de febrero). El recurrente ha de acreditar contradicción para la admisión del recurso, pero de nuevo prima el eventual impacto de la cosa juzgada para la resolución del asunto. Es un efecto que desde luego puede y debe examinarse de oficio (TS 564/2018, de 29 de mayo), aunque también es verdad que puede presentarse en el recurso como objeto directo de la controversia y que, por lo tanto, pase a ser el punto crucial en el juicio de contradicción, como también ha ocurrido ya en más de una ocasión (TS 653/2016, de 13 de julio, y 307/2018, de 15 de marzo). Alguna consecuencia parecida a los efectos de la cosa juzgada podía derivarse, dicho sea de paso, de la clásica regla de vinculación del orden social de la jurisdicción a la declaración de hechos probados de las sentencias del orden contencioso-administrativo en materia sancionadora respecto de las decisiones de imposición de recargo de prestaciones de seguridad social por infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo (antiguo art. 42.5 Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales), si bien el método que normalmente se ha seguido en estos casos para dilucidar la cuestión –si opera o no la vinculación– no difiere del clásico examen de la contradicción (TS 730/2016, de 14 de septiembre, y 668/2020, de 16 de julio).

8. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA MÁS ALLÁ DE SU ESPECÍFICO RÉGIMEN LEGAL

El recurso de casación para unificación de doctrina suscita también algunas reflexiones más allá de los problemas de interpretación y aplicación que encierra su específico régimen legal o, por así decirlo, más allá de las exigencias de precisión, puntualización o acondicionamiento que encierra el funcionamiento de su maquinaria interna o de los retos que plantea su adecuada articulación con otras piezas del ordenamiento procesal. Estamos hablando de cuestiones que por supuesto afectan a esa casación de régimen especial, pero que de alguna forma le afectan desde el exterior de su perímetro de juego. Enlazan, a la postre, con su función institucional y su contribución efectiva a la conformación del sistema jurídico. Dos grandes puntos de reflexión pueden proponerse cuando menos a estos efectos. El primero de ellos conduce en realidad a una especie de juicio de constitucionalidad de esta innovadora vía de impugnación de sentencias en el orden social de la jurisdicción, pues no consiste en otra cosa que en una valoración, que de momento tendrá que ser abreviada, sobre su encaje dentro de las correspondientes exigencias constitucionales. El segundo remite más bien al papel del recurso en la formación de jurisprudencia en materia laboral y de seguridad social y, en definitiva, a la configuración de las correspondientes ramas del ordenamiento jurídico, una tarea a la que por sus propias características parece estar especialmente llamado pero que en su cumplimiento efectivo puede tropezar con algunas dificultades o suscitar diversas opiniones. Como se ve, son aspectos del recurso de casación de unificación de doctrina que interesan ante todo desde la perspectiva propia de los estudios académicos, pero que también tienen bastante trascendencia práctica y que, por ello mismo, no dejan de contar con alguna presencia en el terreno de la propia elaboración jurisprudencial.

A decir verdad, el primero de esos focos de reflexión —el perfil constitucional del recurso la casación— deja hoy en día escasos márgenes para la especulación, una vez que la jurisprudencia constitucional ha ido avalando prácticamente sin fisuras, y desde su particular prisma de análisis, tanto la regulación legal del recurso de casación para unificación de doctrina como la interpretación que de sus distintos pasajes, incluidos sus puntos más críticos, ha venido haciendo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La consulta a ese especializado cuerpo de doctrina jurisdiccional permite decir, por lo pronto, que la casación especial para unificación de doctrina forma parte del ámbito de las opciones legítimas del legislador en el ejercicio de sus competencias de regulación del sistema judicial, en el que desde luego cabe la implantación de un

medio de impugnación de sentencias de estas características. Pero también da suficientes soportes para sostener que el TC ha compartido con todas sus consecuencias tanto el carácter excepcional y selectivo que la jurisprudencia ordinaria vino atribuyendo al recurso desde el principio, como la estricta interpretación que de sus requisitos de admisión y tramitación ha ido haciendo el TS de forma sistemática, pese a las barreras que todo ello haya podido suponer tanto para la interposición del recurso como para la labor de unificación de doctrina en sí misma considerada (TC 126/1994, de 25 de abril, 141/1994, de 9 de mayo, 11/1998, de 13 de enero, y 89/1998, de 21 de abril, por dar algunos ejemplos). Así las cosas, el mayor reto que ofrece esta casación especial desde la perspectiva constitucional no parece ser otro que el de su adecuada articulación funcional con el recurso de amparo. Como la jurisprudencia constitucional se ha encargado de ir precisando (desde la sentencia TC 337/1993, de 15 de noviembre, y otras muchas posteriores), siendo cierto que el recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina forma parte de la vía judicial previa que ha de agotarse preceptivamente para el acceso a ese otro medio de impugnación, su omisión no podrá sin embargo cerrar el camino de la jurisdicción constitucional, no ya cuando no concurren los presupuestos necesarios para su interposición, sino también cuando existan dudas razonables sobre su pertinencia a la vista de las estrictas exigencias impuestas por la jurisprudencia ordinaria para su viabilidad.

Desde esa misma perspectiva constitucional puede afirmarse además que, más allá de sus fines específicos, el recurso de casación para unificación de doctrina constituye indudablemente un instrumento adicional para la prestación de tutela judicial efectiva en el ámbito del ordenamiento social, con unas posibilidades de contribuir en especial a la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas que se han visto notablemente acrecentadas con la reforma legal de 2011. Obviamente, no es un instrumento jurisdiccional de libre disposición para los interesados, pero lo cierto es que las partes del proceso disfrutaban de una nueva oportunidad de obtención de tutela judicial para sus propios intereses cuando concurren los presupuestos legales del recurso. También puede actuar, a su manera, como una vía singular de salvaguarda del principio de igualdad en la aplicación de la ley, en el bien entendido de que no es equivalente, ni en sus términos ni en sus resultados, la labor de unificación de doctrina con esa particular dimensión del artículo 14 de la Constitución, tal y como la concibe el máximo intérprete del texto constitucional. Entre otras cosas, porque la igualdad en la aplicación de la ley solo puede entrar en juego con ocasión de resoluciones de un mismo órgano judicial (por ejemplo, TC 141/1994, de 9 de mayo). Pero es evidente, pese a esa nota distintiva, que la unificación

propicia respuestas judiciales equivalentes para unos mismos problemas de interpretación y aplicación de la ley, y que ello, además del valor que por descontado representa en el campo de la certeza y la seguridad jurídicas, contribuye a mejorar la percepción de trato igual por parte del ciudadano. Una vez practicada la unificación de doctrina, por decirlo de otro modo, se reduce extraordinariamente el margen para eventuales quejas de desigualdad en la aplicación de la ley. Por cierto, también la existencia de doctrina unificada ex compatible con el cambio justificado de criterio, como dejó ver el TS desde sus primeras incursiones en esta materia (como muestran sus sentencias de 21 de octubre de 1992, rcud 48/1992, y de 26 de enero de 1993, rcud 113/1992).

Es posible decir, por otra parte, que el recurso de casación para unificación de doctrina ha cumplido con creces su función institucional. Es indiscutible que a lo largo de sus treinta años de funcionamiento efectivo ha unificado doctrina laboral y de seguridad social en cantidades ingentes. Unificar significa aquí no solo la consiguiente reducción del grado de disparidad y dispersión en la respuesta judicial, sino también la oportunidad de ofrecer mayores dosis de previsibilidad y confianza a los interesados e incluso de contribuir a la ciencia jurídica en las correspondientes áreas de conocimiento. Lógicamente, esta labor de unificación se ha llevado a cabo en el interior del orden social de la jurisdicción, pero ha sabido aprovechar también las aportaciones útiles de otras esferas jurisdiccionales (como las del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo o el Tribunal de Justicia) y ha podido dialogar en los términos pertinentes con la doctrina de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria. Es verdad que la unificación no ha podido llegar a todos los rincones del ordenamiento social, unas veces por los propios presupuestos legales del recurso y en otras ocasiones por el carácter selectivo que le ha otorgado la propia jurisprudencia. Pero no debe olvidarse que estamos ante una maquinaria procesal de ritmo incesante que paulatinamente va extendiendo el volumen y la variedad de su doctrina. El hecho de que tenga que ceñirse a las sentencias dictadas en suplicación por los tribunales superiores de justicia limita formalmente su entrada en asuntos relativos a la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo, e incluso en el terreno específico de la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral, pero tanto en un caso como en otro, y en un balance global, puede decirse perfectamente que sus aportaciones han sido asimismo notables y significativas, aunque no haya sido capaz de cubrir, por razones obvias, todos los flancos posibles de esas relevantes parcelas del ordenamiento laboral. La producción del propio TS a través de la casación ordinaria constituye en este sentido un inevitable complemento.

Tampoco se puede negar la contribución del recurso de casación para unificación de doctrina a la formación de jurisprudencia, entendida como doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en su tarea de interpretación y aplicación de las normas. La jurisprudencia que emana de este recurso de carácter especial posee además la singularidad de que viene impulsada y sostenida por un contraste previo de distintas posiciones u opciones interpretativas, con el consiguiente grado de riqueza. Desde luego, es una jurisprudencia de tono variado, que muchas veces alcanza o ha logrado alcanzar altos niveles de abstracción y construcción dogmática, pero que con bastante frecuencia cabe adscribirla más bien a lo que suele conocerse como jurisprudencia casuística o aplicativa. Como no puede ser de otro modo, en buen número de ocasiones es redundante o repetitiva, pues no entraña más que la aplicación de doctrina ya unificada. La reiteración, en todo caso, no parece aquí condición necesaria para la obtención de la cualidad de jurisprudencia. Expresamente no existe salvedad alguna a tales efectos, pero estamos ante una casación especial que conduce por naturaleza, y por disposición legal, a la fijación de doctrina. Eso explica, por otra parte, que no proceda la impugnación de sentencia conforme (lo cual acarrearía falta de contenido casacional), o que en los asuntos ya unificados el TS pueda limitarse sin más a la aplicación del criterio previamente establecido. La ratificación y reiteración de una determinada posición interpretativa, que no es incompatible como sabemos con el cambio justificado, es muestra desde luego de solidez y estabilidad en la doctrina, y la existencia de una línea consolidada puede aportar las correspondientes dosis de tranquilidad al propio TS a la hora de resolver un determinado asunto. Pero no es dato imprescindible para la alegación de infracción de jurisprudencia a los efectos de interposición de recurso. Como en general sucede con la jurisprudencia, no está del todo despejada la cuestión relativa al grado de vinculación de esta doctrina del TS respecto de los escalones inferiores de la jurisdicción social, pero las sentencias estimatorias de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en el artículo 219.3 LJRS actúan expresamente como complemento del ordenamiento jurídico y vinculan en tal concepto a todos los jueces y tribunales de ese orden jurisdiccional.

Cabría preguntarse, en fin, qué ha podido añadir el recurso de casación para unificación de doctrina a la casación ordinaria. Es obvio que actúa a través de una senda particular, y que también se distingue de esa hermana mayor por su objetivo explícito de unificación de posturas dispares y por sus presupuestos estructurales de identidad y contradicción. Pero tales rasgos probablemente pertenezcan en mayor medida a necesidades concretas y puntuales de tipo jurisdiccional que a objetivos de carácter doctrinal. El hecho de que se

barajara e implantara una vía específica de «unificación» puede que no sea más que el resultado de la nueva distribución de funciones entre los diversos escalones del orden jurisdiccional social y, a la postre, de los inconvenientes de combinar dentro de un mismo tipo de recurso –la casación ordinaria– tareas de segundo y tercer grado en el conocimiento de los asuntos. De ahí que, bien mirado, las diferencias entre la casación clásica y la casación de unificación de doctrina no dejen de ser más aparentes que reales, o que afloren en mayor medida en el plano instrumental que en el de la sustancia. Ambas contribuyen por supuesto a la preservación del valor de la ley (de su comprensión y efectiva aplicación) en el contexto del estado de derecho, y ambas desarrollan la típica labor jurisdiccional de aclaración de puntos oscuros, fijación de criterios interpretativos y cobertura de lagunas. Ambas sirven igualmente para resolver disputas y para unificar doctrina, al margen de que en el segundo caso se haga de manera más explícita o consciente. En el fondo existe una especie de división del trabajo en atención a la materia o clase de litigio, en el bien entendido de que, más allá de la delimitación legal o formal de sus respectivos contornos, no están del todo deslindados los correspondientes terrenos de juego. Téngase en cuenta que gran parte de los asuntos que pueden llegar ante el TS a través de la casación ordinaria pueden plantearse también ante los tribunales superiores de justicia en vía de suplicación, con la consiguiente posibilidad de llegar a la cúspide de la jurisdicción social en unificación de doctrina. El hecho de que las sentencias de la Sala de lo Social del TS dictadas en casación ordinaria puedan servir de premisa para el juicio de contradicción en la casación especial de unificación de doctrina estrecha aún más la conexión de uno y otro medio de impugnación en la tarea compartida de creación de jurisprudencia. A la postre, estamos hablando de un solo producto –la jurisprudencia social– que puede derivar de dos procesos paralelos de producción.

CAPÍTULO II

REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: CONTRADICCIÓN, INFRACCIÓN LEGAL Y CONTENIDO CASACIONAL

ÓSCAR L. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *La «corrección» del derecho como «validez» y como «homogeneidad» y la casación para unificación de doctrina como garantía de aplicación «isonómica» de las normas.*–2. *Configuración de la unificación de doctrina como recurso en interés de parte: la iniciativa «privada» como fuente de «tutela espontánea» del «interés general» (razones y conraindicaciones).*–3. *Contradicción, infracción legal y contenido casacional en la unificación de doctrina: consideración general.*–4. *El requisito de infracción legal y su problemático encaje institucional en la unificación de doctrina.*–5. *Los requisitos sustantivos del recurso en las casaciones de unificación de doctrina especiales.*

1. LA «CORRECCIÓN» DEL DERECHO COMO «VALIDEZ» Y COMO «HOMOGENEIDAD» Y LA CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA COMO GARANTÍA DE APLICACIÓN «ISONÓMICA» DE LAS NORMAS

El derecho, como complejo de normas coactivas respaldadas por el poder político organizado de la sociedad en la que tales normas operan –el Estado–,

aparece siempre incorporando cierta «pretensión de corrección» (en el sentido amplio de la expresión, no en el más preciso que la misma presenta, por ejemplo, en R. Alexy) que podemos identificar sin mayor problema en torno al objetivo de que las normas jurídicas (en el caso que nos concierne las reglas jurídico-laborales) sean a la vez seguras (previsibles, ciertas) y justas (en su triple vertiente de adecuadas para cada caso, o iguales para lo igual y distintas para lo diferente, elaboradas y aplicadas mediante procedimientos abiertos, participativos y transparentes, y ciegas y neutrales respecto de intereses particulares al tiempo que prudentes y sensibles con los condicionamientos ambientales que impone el medio en el que han de producir sus efectos). La referida nota de corrección se traduce principalmente en los ordenamientos positivos en la necesidad de conformidad de las regulaciones jurídicas (*lato sensu*, incluyendo las «fuentes del derecho» y las «fuentes de las obligaciones») con las normas de orden superior a las que aquellas tienen en todo caso que someterse (tanto en sus aspectos sustantivos o de contenido como en sus aspectos de forma o procedimiento de elaboración), es decir, en lo que, con terminología kelseniana, podemos llamar «criterio de validez». La corrección del derecho equivale en efecto necesariamente –«principalmente», en la mentalidad positivista del jurista de nuestros días– a la conformidad de cualquiera de sus manifestaciones –de sus expresiones normativas– con lo preceptuado en las normas jurídicas de orden superior aplicables –en las que aquellas encuentran su habilitación–, o, dicho de otro modo, al carácter «ajustado a derecho» (válido) de cada una de las manifestaciones o especificaciones normativas del mismo.

La traslación de este paradigma –la corrección del derecho como conformidad de sus expresiones concretas con las normas jurídicas previas habilitantes y en general con las normas jurídicas superiores: la «validez»– al subsistema ideado por el propio ordenamiento jurídico para la aplicación coactiva de sus mandatos en situaciones conflictivas y litigiosas, es decir, al subsistema judicial, se traduce en (y explica) ciertos rasgos característicos –«constitutivos esenciales»– de lo que hoy se entiende por actividad jurisdiccional (concepto que no en vano deriva de *iuris dictio*, que literalmente significa revelación, por vía de interpretación, de lo que precisamente ordena «la norma jurídica «válida» para cada supuesto concreto»). Es el caso, por ejemplo, de la necesidad de independencia de los juzgadores respecto de los llamados «poderes fácticos» (aquellos deben operar con «sujeción exclusiva a derecho»), de la exigencia de selección, preparación y actuación de los mismos conforme a criterios técnicos (o de «pura» «ciencia jurídica»), del deber que tienen de argumentar y dar las razones legales de la decisión adoptada en

la sentencia dictada, más allá de la mera producción de un fallo crudo y desnudo («motivación»), o de la dotación de un procedimiento que ofrezca garantías de que, con la ayuda, aun interesada, de las partes, será posible dar con la solución que suponga la aplicación del «mejor derecho» (el derecho «válido»). Pero, sobre todo, es el caso de los recursos, esto es, la posibilidad de que el asunto controvertido pueda ser revisado, y en su caso enmendado, por un órgano jurisdiccional distinto del que se ocupó inicialmente –en primera instancia– del mismo, asumiendo que dos ojos ven mejor que uno (que se conoce más y mejor el camino «válido o correcto» al transitarlo de nuevo), y sobre todo que solo de esta manera, haciendo ver a los jueces la posibilidad de revisión de sus sentencias, quedará efectivamente inoculado un incentivo eficaz para forzar soluciones jurídicas verdaderamente «válidas» o «conformes con el derecho». El sistema de recursos se presenta ciertamente en nuestro ordenamiento como una pieza o componente esencial para garantizar la pretensión de «corrección/validez» de las resoluciones jurisdiccionales, y prueba de ello es que el acceso al recurso –precisamente como vía para obtener una sentencia verdaderamente ajustada a derecho– ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como coadyuvante esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se proclama en el art. 24 CE¹.

Pudiera parecer en principio que la equiparación de la pretensión de corrección del derecho con la validez o conformidad al mismo de sus expresiones normativas, y particularmente de las resoluciones judiciales, debiera provocar *eo ipso* o de suyo –*ex opere operato*, por así decirlo– la homogeneización, y en el límite uniformidad, de las respuestas institucionales de solución de los conflictos sociales, es decir, el efecto –seguro y justo– de que las mismas situaciones serían tratadas jurídicamente de la misma manera (y no de manera distinta) y las situaciones distintas de manera diferenciada (y no igual). Y no cabe ninguna duda de que la regulación de las relaciones sociales y la solución de las eventuales contiendas conforme a puros criterios de validez –buscando presentar la respuesta jurídica concreta que se ofrece como cumplimiento especificado de lo que con carácter más general aparece ya previsto o exigido de algún modo en una norma de orden superior aplicable– reduce notablemente la variabilidad de las soluciones de derecho particulares que puedan llegar a imponerse: no es lo mismo obviamente permitir que el juez falle según su libre albedrío o sentido de la justicia que exigirle que lo haga de acuerdo con las

¹ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M., «El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos», *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 2003)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1613 ss.

exigencias de una regulación previa que impone unas condiciones determinadas². Sin embargo –y esto es lo que importa subrayar– no es menos cierto que las normas no ofrecen casi nunca soluciones cerradas, de modo que la interpretación de las mismas permite alternativas u opciones de atribución de sentido y significado que siendo distintas podrían ser todas ellas, dentro de ciertos márgenes, consideradas ajustadas o conformes con el derecho. Todos sabemos, en efecto, que del mismo modo que hay interpretaciones que se sitúan claramente fuera de los márgenes de una hermenéutica de las normas plausible (no todo vale en la tarea de revelación o atribución de significado a las normas, habiendo de hecho interpretaciones que consensuadamente cabe descalificar como descabelladas o fuera de lugar), no es con todo normalmente única la que encaja en los términos de lo que la norma previene. En la práctica efectiva de la actividad jurisdiccional, contando con la imperiosa realidad dentro de la que los jueces tienen que desempeñar las operaciones de aplicación del derecho (prueba imperfecta, medios limitados, tiempo finito, ineluctable necesidad de resolver el asunto), en un contexto ciertamente muy poco propicio para una actuación hercúlea del estilo de la que propone por ejemplo R. Dworkin³, son en verdad múltiples las verdades interpretativas que pueden reclamarse compatibles con lo que dispone la norma jurídica objeto de aplicación⁴. Las soluciones de derecho –de interpretación válida de las normas– que encuentran respaldo en las coordinadas técnicas de la ciencia jurídica no suelen ser únicas sino múltiples, de modo que puede decirse que una disposición puede concretarse de hecho en manifestaciones ciertamente distintas pero conformes sin embargo todas ellas con el mandato de aquella⁵.

² En efecto, «la reconducción a derecho de las diversas soluciones judiciales forzosamente ha de producir un efecto homogeneizador, partiendo de la base de que un litigio admite solo una o un número limitado de soluciones conformes a derecho»; Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219. Finalidad del Recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (Dir. J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2013, p. 1219.

³ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (trad. de M. Guastavino), Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pp. 177 ss.

⁴ La imperiosa necesidad del sistema jurídico de encontrar soluciones rápidas a los problemas de adjudicación de derechos y obligaciones, cuya traducción judicial más clara acaso sea el postulado de interdicción del *non liquet*, determina en efecto que la máxima racionalidad a la que pueden aspirar las operaciones jurisdiccionales sea algo parecido a la «racionalidad limitada» o «imperfecta» –pero racionalidad, al fin y al cabo– de la que habla SIMON, H., *El comportamiento administrativo. Estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa*, Aguilar, Buenos Aires, 1982, pp. 77 ss.

⁵ Se ha dicho en este sentido, por ejemplo, que «el derecho es un producto social que se constituye en el seno de la comunicación lingüística» y «obtiene su objetividad esencial en sus encarnaciones lingüísticas y su correspondiente reflejo en el imaginario social» por lo que «con una fórmula un tanto paradójica, me atrevería a decir que, bajo esta óptica, el derecho es lo que se dice sobre el derecho»; Vid. GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre los modos de construir el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico», *Doxa*, 11 (1992), p. 194.

Dicho está por consiguiente que el entendimiento de la corrección del derecho como mera validez o conformidad de sus expresiones con lo exigido en normas habilitantes y superiores no garantiza plenamente la homogeneidad de las soluciones jurídicas, de suerte que no puede impedir el odioso efecto de que lo mismo sea tratado como distinto, o lo distinto como igual, como tampoco el de la relativa imprevisibilidad o incertidumbre de las regulaciones jurídicas. Si la corrección del derecho se quiere interpretar entonces como verdadera seguridad y justicia, en el sentido que hemos señalado más arriba, será preciso superar la identificación de tal corrección con la mera validez o ajuste de las sentencias y las distintas manifestaciones concretas del derecho con las determinaciones normativas de orden superior (pues como hemos dicho, y reiteramos, estas determinaciones normativas superiores suelen ser abiertas y permiten alternativas interpretativas distintas, todas ellas igualmente lícitas). La corrección del derecho demandará por tanto el carácter relativamente homogéneo de sus soluciones, que por tanto no tendrán que ser solo «válidas» sino también «análogas», en el sentido de similares para supuestos que resulten homologables (y distintas para casos no equivalentes)⁶. Precisamente este –la homogeneidad del derecho– es el fin institucional del recurso de casación para unificación de doctrina, ideado para evitar divergencias interpretativas y respuestas jurisdiccionales distintas en la solución de casos sustancialmente iguales –situación agravada en España con la supresión del TCT y la atribución descentralizada de la competencia para resolver la suplicación laboral a los TSJ de las CCAA–, y que a diferencia de los clásicos recursos de reparación de los «fallos de validez» del sistema, que buscan purgar el mismo –«nomofilácticamente»– de pronunciamientos y sentencias antijurídicas (nulidad de actuaciones, revisión, casación ordinaria), no requiere en verdad para ser funcional quebrantamiento del ordenamiento jurídico ni se rige en rigor consecuentemente por criterios de aplicación de la solución judicial superior jerárquicamente. Tanto es así que la unificación de doctrina puede saldarse de hecho (y ser institucionalmente operativa) dando preferencia a la doctrina –y el fallo– de la sentencia de un Tribunal Superior de Justicia sobre lo resuelto previamente en una sentencia –«referencial» o «de contraste»– del Tribunal Supremo, todo ello por mediación por supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo que resuelva el recurso de casación para unificación de doctrina, si-

⁶ Sobre el concepto de «analogía», como relación de equivalencia entre términos, ideas o realidades que son iguales pero en parte diferentes, contradistinta de la «univocidad» (identidad o igualdad absoluta) y la «equivocidad» (diferenciación total sin elementos o rasgos comunes), *Vid.* GARCÍA LÓPEZ, J., «La analogía en general», *Anuario Filosófico*, 7 (1974), pp. 193 y ss; también BEUCHOT, M., «Elementos esenciales de una hermenéutica analógica», *Diánoia*, 74 (2015).

tuación que no permite afirmar –nadie lo diría– que la sentencia del Supremo cuya doctrina «se casa» (y cuyos efectos concretos o ejecutivos quedan desde luego en todo caso a salvo) es «neutralizada» por su «carácter antijurídico». Tampoco cuando el recurso de unificación de doctrina es estimado, anulándose la sentencia de suplicación resolviendo el Supremo el asunto concreto en los nuevos términos que corresponda y fijando la doctrina unificada, cabe decir rigurosamente que la sentencia de suplicación queda anulada por su carácter antijurídico y por contravenir lo establecido en una sentencia superior –la de contraste del Tribunal Supremo (menos *a fortiori* cuando la sentencia contraria proceda de un Tribunal Superior de Justicia, que incluso podría ser el mismo que ha dictado la sentencia impugnada)–, pues realmente no cabe hablar de ni antijuricidad ni de jerarquía de sentencias en estos casos⁷.

En la unificación de doctrina, en efecto, la sentencia de suplicación impugnada y su argumentación, o en su caso la doctrina establecida en la sentencia de contraste, no se casan o neutralizan esencialmente por antijurídicas (o jerárquicamente inferiores), sino en aras de la fijación de una línea interpretativa homogénea de las normas vigentes, considerada «mejor derecho» entre otras jurídicamente posibles e igualmente lícitas (en verdad, casi podría incluso decirse que «no hay casación por razón del mejor derecho», sino que «hay mejor derecho por razón de la casación»), en cierta medida por las demandas de seguridad e igualdad (o desigualdad, *i.e.*, de justicia) de trato normativo que en este sentido viene planteando de manera creciente una sociedad –mercado de trabajo, en nuestro caso– cada vez más compleja y proclive a conflictos, con sistemas judiciales descentralizados (como acabamos de señalar que sucede precisamente en nuestro país), en que la sencillez, claridad y unidad de las reglas jurídicas y las líneas o soluciones de interpretación jurisprudencial resultan cruciales⁸. No es, dicho de otra manera, un recurso de «legalidad» sino de «uniformidad» del derecho, y en este sentido es importante adelantar ya –luego lo trataremos con más detalle– que nada de lo afirmado queda desdicho por lo prescrito en el artículo 224.1b LRJS, que al regular el contenido del

⁷ La aludida finalidad institucional –de homogeneización, no legalizadora– de la casación para unificación de doctrina ha sido subrayada por el propio Tribunal Supremo al sostener que el recurso busca ante todo «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación del derecho y en la formación de la jurisprudencia» (STS 307/2018, de 15 de marzo), así como garantizar la «homogeneidad de la doctrina de los tribunales laborales y la primacía jurisdiccional del Tribunal Supremo» (STS 650/2018, de 19 de junio), según apunta J. GARCÍA MURCIA, «El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una primera aproximación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 435 (2019), p. 143.

⁸ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219. Finalidad del Recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», cit., pp. 1220 y 1221.

escrito de interposición del recurso de casación para unificación de doctrina exige «la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada», lo que –*de re*– parece querer significar que la resolución contra la que se interpone el recurso tendrá que resultar contraria a derecho o antijurídica. Por imperativo legal, es verdad que la sentencia cuya impugnación pone en marcha el procedimiento de unificación de doctrina tendrá que estar afectada de alguna de las causas de infracción legal que para la casación ordinaria recoge el artículo 207 LRJS (luego veremos cómo o en qué términos tan particulares opera esta condición), pero no es menos verdad que la referida exigencia de antijuridicidad tiene un peso relativamente reducido, o mejor dicho un significado distinto, si se la compara con la condición de contradicción que el artículo 224.1a LRGS formula como premisa fundamental y primera para el recurso, e incluso con la exigencia que a renglón seguido establece también el artículo 224.1b LRJS de que el recurrente fundamente «el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia» que se imputa a la sentencia objeto de impugnación⁹.

2. CONFIGURACIÓN DE LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA COMO RECURSO EN INTERÉS DE PARTE: LA INICIATIVA «PRIVADA» COMO FUENTE DE «TUTELA ESPONTÁNEA» DEL «INTERÉS GENERAL» (RAZONES Y CONTRAINDICACIONES)

La homogeneización de la doctrina judicial en materia social –que como decimos es el fin institucional de la unificación de doctrina, y responde principalmente a la descentralización del segundo grado de la jurisdicción social (la suplicación) en los TSJ de las CCAA– podría haberse instrumentado técnicamente, por tratarse de un objetivo de interés general, a través por ejemplo de un

⁹ En palabras del Tribunal Supremo: «en un sistema jurisdiccional como el del orden social, de única instancia y doble grado de jurisdicción (...), la función principal del recurso de casación para la unificación de doctrina –tercera ocasión de conocimiento del litigio, después de la instancia y de la suplicación– no puede ser otra que la evitación de la dispersión de la interpretación del derecho a que podría dar lugar la adopción de criterios de decisión diversos por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas»; «la mera protección de la legalidad está ya satisfecha en este tipo de recurso por el previo de suplicación encomendado a los Tribunales Superiores de Justicia, y solamente la pluralidad de estos Tribunales, unida al hecho de que sus Salas de lo Social concurren con esta Sala del Tribunal Supremo en la salvaguarda de la legalidad, obliga a una unificación en la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia, finalidad esencial y primera de este recurso nuevo y excepcional que viene así por una parte a satisfacer el objetivo que perseguía el antiguo recurso en interés de ley, y por otra salvaguarda la unidad dentro de la pluralidad de órganos a los que se encomienda hacer valer el cumplimiento de la Ley»; TS de 4 de diciembre de 1991 (9038) y de 27 de mayo de 1992 (RJ 3610).

dispositivo o resorte procesal estrictamente público como el «recurso en interés de ley» (susceptible de interposición por el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo u otras entidades o instituciones representativas de intereses colectivos o generales), tal y como todavía acontece, por ejemplo, en los artículos 490 a 493 de la LEC 2000. Lo cierto, sin embargo, es que la casación para la unificación de doctrina social se ha preferido canalizar principalmente en nuestro sistema mediante un «verdadero recurso en interés de parte» (el recurso de casación para unificación de doctrina) que deja en manos de los justiciables —es decir, los directamente interesados en el asunto que se dirime mediante la doctrina que se unifica— la decisión de cuándo hayan de activarse o ponerse en marcha los trámites de homogeneización de líneas o corrientes de jurisprudencia que procura la institución unificadora. Con esta configuración rogatoria, que, todo hay que decirlo, tiene su debida excepción en la posibilidad que la ley reconoce de que el recurso pueda ser interpuesto también por el Ministerio Fiscal (en supuestos de afectación o interés general en que, muchas veces, los particulares, por la falta de intereses singulares en juego, ni siquiera tienen reconocidas facultades para instar la impugnación), se persigue seguramente el objetivo de constituir un incentivo suficientemente fuerte como para que la convergencia jurisprudencial que se busca sea efectivamente un resultado tangible, en el entendimiento de que si los interesados saben que podrán obtener una respuesta favorable a sus aspiraciones particulares tenderán a maximizar la utilización del referido recurso, multiplicándose así las oportunidades para que el Tribunal Supremo pueda efectivamente unificar la jurisprudencia, y ello precisamente allí —esta es otra consecuencia importantísima de la configuración de la unificación de doctrina como recurso en interés de parte sobre la que conviene hacer hincapié— donde más contiendas o litigios se suscitan en la práctica, de modo que la unificación no opere en el aire, por así decirlo, sino estrechamente ligada a las divergencias interpretativas que se estén suscitando de hecho en la práctica de las relaciones de trabajo, y por tanto respecto de asuntos que reclamen realmente el interés de los justiciables. De paso, la configuración de la unificación de doctrina como recurso de parte contribuye también a favorecer la «ilusión de justicia» que todo sistema judicial debe procurar a los sujetos privados, en tanto que estos percibirán que tienen asegurada la expectativa de que el asunto que les concierne podrá volver a ser analizado de nuevo, con todo lo que ello supone en términos de la factibilidad de obtener una sentencia favorable distinta de la recibida en inferiores instancias.

Ahora bien, la configuración de la unificación de doctrina como un recurso en interés de parte, en las condiciones que acabamos de señalar, comporta también el riesgo de que el mismo pueda «morir de éxito» porque los particu-

lares interpongan de hecho un número ingente de reclamaciones por esta vía (como en principio se busca precisamente como hemos dicho al configurar la unificación de doctrina a instancia privada), de suerte que la actuación del Tribunal Supremo pueda rebasar el límite de saturación y bloquearse en cierta medida¹⁰. Es precisamente para evitar este riesgo –muy real– por lo que las normas reguladoras de la casación unificadora establecen unas condiciones de acceso al recurso que permiten al Tribunal Supremo modular el volumen de admisión de reclamaciones en función de sus reales capacidades para ofrecer respuestas satisfactorias, en el sentido de adecuadas para cumplir con el objetivo consustancial a la institución de unificar la jurisprudencia en aquellos asuntos que los interesados consideran más importantes y sobre los que de hecho pleitean. Conviene tener en efecto presente que lo esencial de esta vía de reclamación es la unificación de doctrina (es un recurso de interés público) y no tanto la satisfacción de intereses privados (no es un recurso de interés particular): esta última función es secundaria o accesorio, constituyendo de hecho un mero trámite instrumental para alcanzar el verdadero objetivo de conducir la interpretación jurisprudencial hacia la convergencia¹¹. En este sentido, la casación para unificación de doctrina quizá ni siquiera sea imprescindible desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, pues no se busca con ella como ya hemos dicho depurar el sistema de sentencias propiamente anti-jurídicas, sino solamente homogeneizar las líneas de interpretación de las normas, y no debe olvidarse que el reclamante ya ha visto cómo su asunto, resuelto en suplicación, ya ha sido tratado en dos instancias –o mejor dicho grados– jurisdiccionales (la sentencia TC 89/1998, 21 abril, ha resuelto por ello que son acordes con el derecho a la tutela judicial efectiva las restricciones que acompañan al recurso de casación para unificación de doctrina)¹². El indudable componente público o de interés general de la casación unificadora es lo que explica por otra parte también que en aquellos casos en los que el celo

¹⁰ La doctrina ha constatado que «el número de asuntos en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, correspondiente en la inmensa mayoría a recursos de unificación de doctrina, se encuentra desde hace muchos años (prácticamente desde sus comienzos en los primeros años noventa) al borde mismo del nivel de saturación»; Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 218. Sentencias recurribles», *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (Dir. J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2013, p. 1211.

¹¹ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219. Finalidad del Recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», cit., pp. 1216 y 1217.

¹² La doctrina –y la jurisprudencia– subrayan en este sentido el carácter excepcional del recurso de casación para unificación de doctrina, recordando –como dato relevante de historia legislativa que no conviene pasar por alto– que «en la base 31 de la Ley 7/1989 de Bases del Procedimiento Laboral ya se afirmaba que el procedimiento jurisdiccional laboral es de «instancia única y doble grado de jurisdicción», descartando implícitamente como normal el tercer grado de la unificación de doctrina»; Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 218. Sentencias recurribles», cit., p. 1209.

privado de los particulares no se muestre capaz de poner en marcha la maquinaria de unificación jurisprudencial se traslade al Ministerio Fiscal la iniciativa casacional, como hemos visto: de este modo se conjura el riesgo de que el «fin» –público– realmente perseguido de unificación de la hermenéutica del derecho quede postergado como consecuencia de la selección de un «medio» de otro género –privado–, como es el interés de parte, considerado *prima facie* un instrumento muy útil o práctico pero que no ofrece completas garantías operatorias a aquellos efectos¹³.

Partiendo con todo de que el principal inconveniente que puede suscitar el recurso de casación para unificación de doctrina no es tanto el de «quedarse corto» (no ejercitarlo cuando pueda resultar conveniente) sino el de «pasarse» (utilizarlo en más situaciones de las que sería deseable), como de hecho ha venido demostrando la práctica de estas impugnaciones en el tiempo ya dilatado de su existencia, el grueso o la parte más importante de la ordenación de la casación unificadora se ha centrado en determinar –limitar, restringir, regular– las condiciones en virtud de las cuales el Tribunal Supremo habrá de entrar a conocer de las reclamaciones interpuestas conformando la interpretación unificada de las normas del ordenamiento social. A tal fin, la reglamentación procesal de la unificación de doctrina ha operado no solo estableciendo «condiciones formales» de admisión –resoluciones impugnables, plazos de recurso, requisitos documentales de preparación e interposición, etc–, cuyo cumplimiento no admite grados, y que consiguientemente bloquean sin más opciones el avance del recurso cuando no concurren (u obligan a tramitarlo en caso contrario), sino también, y sobre todo, imponiendo ciertas «condiciones sustanciales» –contradicción, infracción legal, contenido casacional– cuya determinación de concurrencia efectiva sí admite o requiere valoración o asignación de medida (nunca está 100 por 100 claro cuándo se dan efectivamente estos requisitos), buscando así dotar al Tribunal Supremo de cierto margen de discrecionalidad o juego en la admisión del recurso, de modo que pueda abrirla o cerrarla según corresponda, operando en todo caso la referida valoración –determinante como decimos del «flujo de entrada» de las impugnaciones–, no en función de consideraciones de tutela judicial individual, sino de las que pueda hacerse acerca de la conveniencia o no de unificar ciertas líneas de interpretación judicial a la vista en todo caso de las posibilidades reales de ofrecer tales soluciones sin rebasar el punto de saturación funcional en el desem-

¹³ Vid. TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad interpuesto por el Ministerio Fiscal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 788/2018, de 19 de julio», *Revista de Trabajo y Seguridad social CEF*, 435 (2019), p. 180.

peño de estas operaciones. Dicho más directamente: los que llamamos «requisitos sustanciales de admisión del recurso de casación para unificación de doctrina» permitirían al Tribunal Supremo, mediante operaciones de verdadero enjuiciamiento prejudicial, condicionar –taponar o abrir– la entrada de reclamaciones en función de su relevancia para homogeneizar la interpretación judicial del derecho (veremos que en esto consiste principalmente el «interés casacional» requerido al efecto) en el contexto de la real capacidad (según los medios efectivamente disponibles) del supremo órgano jurisdiccional para ofrecer soluciones satisfactorias –unificación sostenible o recurrente– en la materia. Estas circunstancias podrían explicar el cambio y la evolución de los criterios interpretativos del Tribunal Supremo sobre los requisitos sustanciales de la casación unificadora –particularmente la contradicción–, cuya variabilidad se habría mantenido en todo caso dentro de un rango de posibilidades acotado y no ilimitado, por supuesto.

3. CONTRADICCIÓN, INFRACCIÓN LEGAL Y CONTENIDO CASACIONAL EN LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: CONSIDERACIÓN GENERAL

Los tres requisitos sustantivos de la casación unificadora, a través de los que le es permitido al Tribunal Supremo como decimos llevar a cabo un verdadero «pre-juicio de fondo» –vía inadmisión– sobre la pertinencia o no del enjuiciamiento plenario del asunto objeto de recurso (considerando y balanceando su conveniencia para homologar la doctrina judicial y el riesgo mismo de saturación funcional de la institución unificadora), son como hemos señalado la contradicción, la infracción legal y el contenido (o interés) casacional de la cuestión debatida. A la contradicción se refiere el artículo 219 LRJS, que al regular la finalidad del recurso de unificación de doctrina determina que «tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos», así como también los artículos 221.2 y 224 LRJS, que para la preparación y la interposición del recurso exigen que se determinen por el reclamante los «datos identificativos de la sentencia o sentencias objeto de comparación» y se presenten detalladamente –de manera «precisa y cir-

cunstandiada– los términos de la contradicción alegada, «exponiendo cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción y determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos». Del requisito de infracción legal trata el artículo 224 LRJS, que exige que el escrito de interposición del recurso contenga «la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada», a cuyo fin «expresará separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción (...), por el orden señalado en el artículo 207, (...) razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas y haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas». De la exigencia de que la reclamación tenga contenido casacional se ocupa, en fin, también el propio artículo 224 LRJS, que obliga a que en el escrito del recurso se fundamente «el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia (...) haciendo referencia a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada», así como también –y sobre todo– el artículo 225.4 LRJS que considera causa de inadmisión del recurso «la carencia sobrevenida del objeto (del mismo), la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales».

No hay duda de que mediante los tres referidos requisitos –modulables, susceptibles de interpretaciones o lecturas distintas– se busca siempre en mayor o menor medida mejorar u optimizar el funcionamiento de la casación unificadora, principalmente (pero veremos que no exclusivamente) limitando o restringiendo el acceso a la misma, o mejor dicho permitiendo como hemos señalado que el Tribunal Supremo regule o administre los umbrales de sensibilidad o receptividad respecto de unas reclamaciones –las casacionales– que siendo privadas (interpuestas por particulares en atención a sus exclusivos intereses) deben en todo caso acreditar para ser tramitadas cierta utilidad o rentabilidad –pública– de unificación jurisprudencial, así como su inocuidad con el sostenimiento funcional del sistema mismo de la casación unificadora, que opera como ya sabemos en un contexto real –determinante– de medios escasos y limitados y debe cuidarse por tanto de rebajar el riesgo de sobrepasar sus propias capacidades. De hecho, es posible establecer cierto tipo de correlación entre los requisitos de fondo de la unificación de doctrina y las dos restricciones o condiciones funcionales-operatorias básicas que como acabamos de apuntar circunscriben

el desenvolvimiento de este recurso, a saber: la «teórica» de alcanzar el resultado de la convergencia en la interpretación judicial del derecho (produciendo un efecto público que se sitúa claramente más allá de la simple tutela de los intereses particulares de los recurrentes: «función de unificar»), y la «práctica» de no saturar –por un flujo de entrada excesivo de recursos– las posibilidades reales del Tribunal Supremo de unificar y continuar unificando la doctrina judicial («función de funcionar»). Claro que entonces es preciso formular de inmediato dos importantes aclaraciones. La primera, que afirmar, como hacemos, que cada uno de los requisitos de fondo de la unificación de doctrina se correlaciona principalmente con ciertas condiciones funcionales del recurso –las que corresponda– no excluye radicalmente otras conexiones o interferencias entre los términos –requisitos y condiciones funcionales– de referencia (no estamos ante correlaciones biunívocas). La segunda, que a los efectos de formular las referidas correlaciones es fundamental distinguir entre lo que podríamos llamar requisitos sustantivos «institucionales» y «extrainstitucionales» de la casación unificadora, en los términos que pasamos a explicar a continuación.

De los tres requisitos sustantivos de la casación unificadora hay dos que ajustan –como anillo al dedo– con la definición institucional de la misma como recurso de homogeneización (no de legalización) de soluciones judiciales de última instancia: la contradicción y el contenido casacional del asunto; el tercero –la existencia de infracción legal– no termina de encajar con la supradicha caracterización institucional de la unificación de doctrina. La contradicción viene en efecto constitutivamente reclamada por la casación unificadora en la medida en la que tiene *a fortiori* que haber situaciones iguales que hayan sido tratadas de modo distinto para que se realice la condición de posibilidad misma –el elemento o prerrequisito fundamental– del recurso: si las situaciones no son comparables, o siéndolo han sido tratadas del mismo modo, no habrá lugar para la reclamación unificadora. Prueba clara de la inserción de la contradicción en el núcleo institucional de la unificación de doctrina es su inclusión en la definición del objeto de la casación unificadora en el artículo 219 LRJS, más allá de su mera consideración como simple exigencia técnica o procesal en el escrito de interposición del recurso (art. 224 LRJS). Algo parecido cabe decir de la necesidad de que la reclamación tenga contenido o interés casacional, que la jurisprudencia entiende principalmente como utilidad o relevancia de la solución que pueda ofrecerse para trazar –normativamente– una línea de interpretación jurisprudencial allí donde resulte preciso, y que es precisamente la razón de ser de la casación como recurso para unificación de doctrina. En cambio, no puede decirse lo mismo de la exigencia de infracción legal –es sintomático que, a diferencia de las anteriores, este requisito no aparezca de

hecho prefigurado en la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral— que, si es cierto que cobraría pleno sentido en un recurso de legalidad, como pudiera ser el de casación ordinaria, carece *prima facie* de él en la casación unificadora, en la que la sentencia no se impugna realmente por su ilegalidad sino por la conveniencia de hacer converger interpretaciones distintas —en principio lícitas— en una hermenéutica unitaria por razones de seguridad jurídica y mejor previsibilidad del derecho. El establecimiento de este requisito en el recurso de casación para unificación de doctrina estaría por tanto al margen completamente de su configuración (y esencial condicionamiento) institucional, operando simplemente como una adherencia o condicionante añadido —externo, postizo, *per accidens*— cuyo sentido vamos a ver que no puede ser otro que el de agilizar técnicamente el funcionamiento de aquel (sobre todo facilitando la motivación y la elaboración argumentativa de la respuesta judicial).

Consecuentemente, estamos entonces en condiciones de afirmar, por lo pronto, que la exigencia de contradicción —como condición primordial de la unificación de doctrina entendida como institución homogeneizadora en la interpretación judicial del derecho—, y particularmente la atribución al Tribunal Supremo de la capacidad de valorar con cierto margen su concurrencia mediante el preenjuiciamiento de fondo que se lleva a cabo en el trámite de admisión del recurso, está claramente alineada con el objetivo de modular la entrada de reclamaciones según el nivel de disponibilidad o saturación funcional del órgano resolutorio y la capacidad por tanto del mismo para mantener unos estándares adecuados de calidad en la tarea de uniformar la interpretación judicial del derecho («función de funcionar»), todo ello sin perjuicio de que, como ya hemos apuntado, simultáneamente pudieran alcanzarse con ella otros efectos o conseguirse otro tipo de fines (no atender asuntos hiperespecíficos respecto de los que no tenga sentido la elaboración de jurisprudencia, marginar litigios o conflictos «normativizables» pero que por su escasa repercusión social —*aquila non capit muscas*— no se consideran de una escala que reclame atribuirles cobertura casacional, etc). Esta función de modulación de la entrada de reclamaciones de unificación de doctrina que decimos que en el requisito de contradicción se liga al objetivo de garantizar la viabilidad y la calidad de la tarea de uniformización de la interpretación judicial del derecho, se hace presente de hecho en una importante característica de su configuración legal —de la exigencia de contradicción— que no es otra que la necesidad de que la parte que la invoque precise su alcance y detalle (los arts. 221.2 y 224 LRJS exigen la determinación «precisa y circunstanciada» de los términos de la contradicción «exponiendo cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción y

determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos»), evitando transferir al órgano jurisdiccional la tarea de investigar y construir *ex novo* los términos de la contradicción, pues todo ello obedece sin duda al objetivo de acelerar y facilitar la producción de la sentencia, optimizando así el avance de la casación unificadora (simultáneamente con ello se garantizan los derechos de defensa de la parte recurrida, que conocerá los argumentos del recurrente y podrá tutelar sus intereses en el proceso de manera más adecuada¹⁴). La jurisprudencia ha venido señalando en este sentido que el recurrente no puede imponer a la Sala una investigación sobre la concurrencia de la contradicción si no ha cumplido esta inexcusable carga¹⁵, cuyo gravamen –y aquí ya se introduce el margen de apreciación del Tribunal que comentamos– se ha de ponderar caso por caso¹⁶. Por esto mismo la jurisprudencia –y la propia LRJS en el art. 224.3– exigen también que el recurrente solo pueda invocar una sentencia de contraste por punto de contradicción¹⁷, previniendo además acerca de la imposibilidad de romper o fracturar artificialmente los motivos de contradicción con el objeto de multiplicar las posibilidades de aportar resoluciones contradictorias¹⁸.

La práctica de las decisiones de admisión del recurso de casación para unificación de doctrina basadas en el requisito de contradicción –que fluctúan arriba y abajo según criterios variables– verifica empíricamente la afirmación que acaba de hacerse acerca de su instrumentalización como medio de administración del «flujo» de entrada de las abundantísimas impugnaciones que suelen interponer los particulares por esta vía (y también como regulador del «stock» o «fondo» mismo de asuntos pendientes de resolución, que forzosamente ha de ser sensible al grado de elaboración o sustanciación de las reclamaciones que atraviesen la barrera de la admisión y tengan por ello que ser contestadas). Esto se aprecia, muy singularmente, a propósito de la exigencia de identidad de hechos que impone la LRJS como principal condición de posibilidad de la contradicción entre las sentencias que se compara en la casación unificadora. En efecto, frente a otros elementos o requisitos de la contradicción como la determinación de las sentencias hábiles para operar como resolu-

¹⁴ TS 27 de mayo de 1992 (RJ 3610).

¹⁵ TS 15 de enero de 1992 (RJ 38).

¹⁶ TS 27 de mayo de 1992 (RJ 3610).

¹⁷ TS (Auto) 15 de marzo de 1995 (RJ 2016) seguido de sucesivas sentencias; jurisprudencia pronto avalada por el Tribunal Constitucional en sentencias 141/1994, 9 de mayo, y 89/1998, 21 de abril.

¹⁸ TS 31 de enero de 2005 (RJ 2849) y 17 de septiembre de 2007 (RJ 8496).

ciones contrarias (procedencia jurisdiccional¹⁹, antecedencia y firmeza²⁰, idoneidad como resoluciones portadoras de la doctrina interpretativa viva o vigente²¹), la llamada «simetría subjetiva» (similitud de litigantes)²², o desde luego la igualdad misma de fundamentos (*causa petendi* o sostenimiento legal o jurídico de lo pretendido²³) y pretensiones (*petita*)²⁴ –incluida por supuesto la condición de que las sentencias comparadas hayan fallado (no solo argumentado²⁵) el asunto de manera distinta (divergente, contraria, contradicto-

¹⁹ Son idóneas las sentencias de suplicación –no de instancia (TS de 18 de septiembre de 2008, JUR 359155)– de las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, incluidas las dictadas por el autor mismo de la resolución recurrida (TS de 25 de junio de 1992, RJ 4673), y también las de la Sala de lo Social –no otras– del Tribunal Supremo (TS de 2 de julio de 2002, RJ 9195), no las del extinguido Tribunal Central de Trabajo (TS de 15 de enero de 1991, RJ 49) ni las de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (TS de 27 de octubre de 2015, JUR 301952) o las de las salas de conflicto del Tribunal Supremo (TS de 23 de septiembre de 1998, RJ 8550).

²⁰ TS de 14 de julio de 1995 (RJ 6587), TS de 5 de febrero de 2013 (RJ 5336) y TS 1034/2017, 19 de diciembre (RJ 5830); el TC ya había aclarado que la exigencia de firmeza en la sentencia de contraste no es contraria a la tutela judicial efectiva (TC 132/1997, 15 de julio).

²¹ TS de 13 de mayo de 1997 (RJ 4269) y TS de 16 de mayo de 2007 (JUR 267831).

²² Que no debe entenderse en términos rigurosos, hasta el punto que ha llegado a admitirse entre litigios individuales y colectivos; *Vid.* TS de 14 de julio de 2000 (RJ 8196), frente a la anterior TS de 16 de junio de 1995 (RJ 4904); bien es verdad que actualmente el Tribunal Supremo se muestra partidario en estos casos de resolver la divergencia entre la sentencia colectiva previa (de contraste) y la sentencia individual posterior (impugnada) no en el contexto de la «contradicción» sino en el de la «fuerza de cosa juzgada material» –el efecto normativo– de la sentencia colectiva, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 160.5 LRJS, situación por cierto que permite plantear la duda de si en estos casos no estamos –por una suerte de mutación o cambio« transgénico»– ante algo verdaderamente distinto del recurso de casación para unificación de doctrina; *Vid.* FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *Lo individual y lo colectivo en el sistema español de relaciones de trabajo*, KRK, Oviedo, 2018, p. 333; con información jurisprudencial y procesal profusa, *Vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Alcance de la doctrina de la exención de contradicción en la casación unificadora por el juego de la cosa juzgada colectiva (despido colectivo/reclamación individual de cesión ilegal). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 907/2018, de 16 de octubre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 435 (2019), pp. 161 ss.

²³ TS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 9083), TS de 10 de abril de 2001 (RJ 4904) y TS de 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008\1784); no es preciso que la legislación aplicada sea formalmente la misma, basta con que lo sean –materialmente– las normas o reglas que sustenten las pretensiones de parte (TS de 24 de febrero de 2011, RJ 2981); ahora bien, un cambio jurisprudencial –en la interpretación de la ley– puede ser visto como una diferencia de fundamentación legal (entre la sentencia impugnada y la de contraste) que impide el avance de la casación unificadora (TS de 19 de febrero de 2008, RJ 3030).

²⁴ TS de 2 de octubre de 1992 (RJ 7600), TS de 15 de junio de 1998 (RJ 5797) y TS 966/2018, de 20 de noviembre (RJ 5582); la identidad de las «pretensiones» no requiere estrictamente que se trate de las mismas «acciones» procesales; *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219...», cit., p. 1231.

²⁵ Como el Tribunal Supremo viene afirmando reiteradamente «la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales»; entre muchísimas otras, *vid.* TS de 28 de mayo de 2008 (RJ 7118) y TS de 19 de febrero de 2009 (RJ 2185); en todo caso, la mera divergencia de pronunciamientos tampoco es suficiente, pues ha de haber una confrontación de interpretaciones que unificar, razón por la que el TS ha declarado por ejemplo que no existe contradicción entre una sentencia que resuelve una cuestión procesal y otra que, conteniendo un pronunciamiento contrario, resuelve sin embargo sobre el fondo del asunto sin entrar en cuestiones procesales; TS de 4 de octubre de 2011 (RJ 7618).

ria²⁶)—, aspectos todos estos no ajenos ni mucho menos a la interpretación y consiguientemente al cambio y a la evolución de la jurisprudencia, como así lo prueba el abundante rastro de sentencias dictadas a tales efectos, no cabe ninguna duda de que es como decimos el requisito de igualdad de los hechos juzgados (en las sentencias comparadas) el que más claramente expresa el aludido rasgo de apertura hacia la interpretación y, consiguientemente, el que mejor refleja el también referido proceso de fluctuación y transformación del criterio jurisdiccional en torno a la admisión del recurso de casación para unificación de doctrina (siempre con la vista puesta en la regulación del flujo *input/stock/output* de asuntos tratados, buscando así hacer viable y eficiente la casación unificadora, y no tanto, o en menor medida, la satisfacción de las pretensiones de los reclamantes)²⁷.

Nótese que la condición de «igualdad sustancial de hechos» (como literalmente dispone el art. 219.1 LRJS) pone en gran medida a merced del Tribunal Supremo la admisión del recurso de casación para unificación de doctrina —le dota de un amplio margen para dar entrada a reclamaciones según su nivel de saturación funcional, restringiendo o ampliando admisiones, o bien incrementando o rebajando las exigencias de argumentación o sustanciación de las mismas— por dos importantes razones. Primero, por la matización que incorpora de que la «igualdad» no podrá ser interpretada como «identidad», algo por otra parte imposible, pues va de suyo que no existen —no pueden existir— dos hechos idénticos, aunque solo sea porque el tiempo que media entre ellos ya los hace distintos, sino como simple «igualdad sustancial». La condición de identidad de los hechos queda entonces convertida en una pura «analogía de hechos» en la que solo es preciso que lo idéntico sea lo esencial, admitiéndose diferencias accesorias o secundarias²⁸. Segundo, por la naturaleza o tipo mismo de las magnitudes o materiales con que tiene que operarse la comparación, que no son otros precisamente que algo tan proteico y escurridizo como los hechos, cuya determinación —selección, identificación, interpretación, prueba,

²⁶ La discordancia de fallos puede presentar en efecto cualquier forma de diferencia, sea la de «antinomía por divergencia» (un término y su distinto), la de «antinomía por oposición» (un término y su contrario) o la de «antinomía por contradicción» (un término y su negado); *vid.* MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219...», *cit.*, p. 1235.

²⁷ *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219...», *cit.*, p. 1230.

²⁸ No se aplica por tanto un «test de identidad» sino un simple «test de equivalencia» a la hora de poner en comparación la sentencia recurrida y la de contraste (TS de 15 de noviembre de 1994, RJ 10706), algo que permite admitir la contradicción cuando la diferencia de hechos no solo no disminuye sino que potencia la divergencia en el trato dado a situaciones homologables, como acontece en la llamada *contradicción a fortiori* (TS de 29 de junio 2006, RJ 7957; TS 3/2017, de 10 de enero, RJ 258), o admitirla también cuando se trata de diferencias fácticas incapaces de incidir o producir efecto útil sobre la resolución final de la cuestión planteada (TS de 28 de abril 2010, RJ 3608).

valoración–, esencial como presupuesto de conmensurabilidad de las situaciones comparadas, nunca es fácil de realizar ni, sobre todo, única²⁹. De hecho, es precisamente por esto, para evitar la laxitud que siempre acompaña a los hechos en su presentación fenoménica, por lo que la casación unificadora exige que sean considerados conforme resulten del relato fáctico de la sentencia de instancia, sin posibilidad de alterarlos o de cambiar la valoración de los mismos³⁰. Sin embargo, hay que decir que incluso el relato acabado de unos hechos ya valorados puede ser objeto de interpretación en sede casacional³¹, algo que, unido en todo caso al elástico factor de sustancialidad que se permite utilizar al comparar las situaciones juzgadas, termina dejando en manos del Tribunal Supremo como decíamos un gran margen de maniobra para decidir cuándo admitir o inadmitir –por falta de identidad de hechos, y por tanto de contradicción– el recurso de casación para unificación de doctrina³².

La exigencia de que el recurso que interpone el interesado tenga contenido casacional –que encaja o armoniza a la perfección como decíamos con el fin u objetivo institucional de la unificación de doctrina como herramienta de homogeneización del derecho («función de unificar»)– está en clara correspondencia por su parte con la restricción o condición funcional básica en el mismo según la cual la reclamación solo debe admitirse cuando la solución del asunto litigioso rebase la esfera estrictamente privada de los intereses particulares de las partes contendientes de modo que de la solución obtenida pueda –normativamente– desprenderse una regla o criterio –un uso interpretativo

²⁹ Vale aquí la conocida idea de Feyerabend según la cual no existen hechos puros sino solo hechos interpretados que dicen cosas distintas en distintos lenguajes: «la ciencia no conoce ‘hechos desnudos’ en absoluto, sino que los ‘hechos’ que registra nuestro conocimiento están ya interpretados de alguna forma y son, por tanto, esencialmente teóricos»; *vid.* FEYERABEND, P., *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 3 ss.

³⁰ *Vid.* TS de 26 de octubre de 1994 (RJ 8112), 27 de abril de 2010 (RJ 4986), 1 de junio de 2010 (RJ 2702) y 14 de junio de 2011 (RJ 5938).

³¹ Esto es lo que ha permitido que cuando el recurso obedezca a una reclamación estrictamente procesal la comparación pueda hacerse –al modo algebraico– prescindiendo completamente de los aspectos de fondo involucrados en los litigios, juzgados irrelevantes a efectos de contradicción; Acuerdo no jurisdiccional de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (RJ 2016/6712) y TS 960/2017, de 29 de noviembre (RJ 5617).

³² Baste a estos efectos invocar la doctrina del Tribunal Supremo elaborada a propósito de la identidad sustancial de los hechos en los despidos disciplinarios, cuya claridad y única orientación –hacia la imposibilidad de la misma, y por tanto de la unificación de doctrina en este singular terreno, por el casuismo y la inmensurabilidad de situaciones que ello conlleva (por todas, TS 18/2019, de 10 de enero)–, no ha podido sin embargo impedir evitar que la contradicción se admitiera en algunos casos de despido disciplinario (TS 683/2018, de 27 de junio), lo que testimonia lo inestable y abierto de la definición de la igualdad sustancial de los hechos en el recurso para unificación de doctrina; *Vid.* FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «La casación para unificación de doctrina y el requisito de la identidad de hechos comparados en los despidos disciplinarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 18/2019, de 10 de enero», *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 435 (2019), pp. 174 ss.

vinculante— de alcance general que sea susceptible de aplicación a sucesos futuros de similares características, o, dicho de otro modo, un criterio de interpretación judicial —una doctrina— obligatorio que se imponga frente a alternativas interpretativas distintas e incompatibles (y ello sin perjuicio, una vez más, de que, a la vez, puedan producirse otros efectos o alcanzarse fines también distintos, como ahora el de, pongamos por caso, restringir la entrada de recursos para descargar al órgano de tareas y permitirle desempeñar mejor sus funciones). El contenido casacional del recurso equivale principalmente por tanto a la potencialidad del mismo para la conformación de la jurisprudencia³³, y explica que el Tribunal Supremo pueda inadmitir por esta causa —falta de interés para la casación unificadora— aquellas impugnaciones en las que solo estén en juego los puros intereses particulares del reclamante (por mucha que fuera la convicción que pudiera tenerse sobre la legalidad y las razones de las pretensiones de este: *de minimis non curat praetor*³⁴), cuando sea clara y esté asentada y consolidada la solución que el Supremo haya venido dando con anterioridad a la cuestión objeto de impugnación (*ie.*, cuando exista una norma jurisprudencial vigente y no se considere oportuno proceder a rectificarla)³⁵, cuando el recurso haya perdido su objeto, por aprobarse, por ejemplo, una norma que despeja la incertidumbre legal en la que habían tenido su origen las dudas interpretativas causantes de la divergencia doctrinal (o también porque las partes hayan arreglado su contienda por cauces extraprocesales³⁶), o también, en fin, cuando la naturaleza irrepetible, única o incomparable (idiosincrásica) del asunto abordado impida formular para el mismo —normativamente— líneas de interpretación categorizadas, normalizadas o de clase (despidos disciplinarios, incapacidades profesionales, etc.), casos por cierto en los que la

³³ Vid. MASCARELL NAVARRO, M. J., «La inadmisión de los recursos de casación laboral por falta de contenido casacional: antecedentes y análisis crítico de la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 13 (2007), pp. 204 ss.

³⁴ En este sentido, no es del todo (solo en parte) cierto que la exigencia de «quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia» (art. 224 LRJS) constituya un requisito superfluo o redundante —«no autónomo»— respecto de los de «contradicción» e «infracción legal», pues no es verdad que el interés casacional haga siempre acto de presencia —*a fortiori*— cuando concurren aquellos requisitos (como dice la TS de 2 de julio de 1994, RJ 6329), toda vez que el carácter particular o circunscrito —poco relevante— del asunto podría hacer que no accediera a un recurso extraordinario como es la casación unificadora aun habiendo contradicción e infracción legal (TS de 3 de marzo de 1999, RJ 2060, y 6 de febrero de 2008, RJ 1627); vid. AGUSTÍ JULIÁ, J., «Artículo 224. Contenido del escrito de interposición del recurso», *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (Dir. J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2013, p. 1251.

³⁵ TS de 24 de mayo de 2000 (RJ 4629), 11 de abril de 2001 (RJ 4907), 6 de febrero de 2003 (RJ 3046), 16/2017, 10 de enero (RJ 219), 706/2018, 3 de julio (RJ 3800) y 1066/2018, 13 de diciembre (RJ 6081).

³⁶ Vid. AGUSTÍ JULIÁ, J., «Artículo 225. Decisión sobre la admisión del recurso», *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (Dir. J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2013, p. 1255.

inadmisión podría decretarse también por falta de contradicción, por la ausencia de la conmensurabilidad de situaciones que reclama este requisito³⁷. Aunque es verdad que la falta de contenido casacional –funcionando a veces «residualmente» como concepto para inadmitir por «otras causas»– ha permitido al Tribunal Supremo rechazar el acceso a la unificación de doctrina de recursos en que la impugnación venía por ejemplo referida a los hechos y no a la doctrina de la sentencia atacada (acaso porque en estos casos la sentencia carecerá por definición de «rendimiento normativo», lo que nos devuelve a la causa general de la falta de interés casacional)³⁸, o también en caso de alegación de cuestiones nuevas no resueltas por esta³⁹.

4. EL REQUISITO DE INFRACCIÓN LEGAL Y SU PROBLEMÁTICO ENCAJE INSTITUCIONAL EN LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La definición institucional de la casación unificadora no como un recurso de legalidad o depuración de sentencias y líneas de interpretación judicial antijurídicas –como es la casación ordinaria– sino como un recurso de homogeneización o uniformización de la variedad de posibilidades de interpretación judicial *prima facie* lícitas que el carácter necesariamente abierto y complejo de las leyes provoca hoy en un sistema en el que, además, el segundo grado jurisdiccional –la suplicación– se encuentra distribuido de manera descentralizada en los TSJ de las CCAA, y por tanto como una figura esencialmente ligada al valor de la seguridad y la previsibilidad, y no tanto a la validez, del derecho (es decir a la idea que arriba apuntábamos de que la corrección del derecho no se agota en la mera compatibilidad de sus expresiones concretas con lo dispuesto en las normas), hace forzoso concluir que la exigencia de infracción legal que establece el artículo 224 LRJS como condición de admisibilidad del recurso –el escrito de interposición incorporará «la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada»– carece de todo sentido en este contexto, pues si es verdad que la misma tendría pleno significado en una impugnación de legalidad –de depuración o nomofilaxis de sentencias y/o interpretaciones antijurídicas–, no se entiende sin embargo en un recurso de unificación u homogeneización interpretativa en el que la razón de la impugnación no es la invalidez de una sentencia o una

³⁷ Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «La casación para unificación de doctrina y el requisito de la identidad de hechos comparados en los despidos disciplinarios...», cit., pp. 174 y 175.

³⁸ TS de 9 de febrero de 1993 (RJ 757), 7 de mayo de 2001 (RJ 2001\5199) y 1 de junio de 2010 (RJ 2702).

³⁹ TS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2837).

doctrina interpretativa –ni su fin limpiar o depurar el ordenamiento– sino la simple necesidad o conveniencia de seleccionar una sentencia entre otras en principio también lícitas –*one single right*– y así fijar como jurisprudencia la interpretación que la misma contiene frente a otras alternativas posibles⁴⁰.

Es por ello por lo que venimos diciendo que la exigencia de infracción legal no termina de ajustar con el fin institucional de la casación unificadora. De hecho, en el recurso para unificación de doctrina la condición de infracción legal solo adquiere verdaderamente sentido como tal si –como ya anticipábamos más arriba– la misma se entiende no como «infracción anterior» o «previa» –y por tanto *conditio sine qua non*– del recurso sino como «infracción posterior» o «consecuente», en el sentido de constituida o determinada –*ex post facto*, como efecto– una vez que la casación unificadora ha terminado su recorrido y como consecuencia de ello, es decir de la sentencia dictada en unificación de doctrina, ha quedado descartada la opción interpretativa que se postulaba en la sentencia que ha sido objeto de casación, que solo a partir de ese momento y no antes, y por resolverlo así la sentencia de casación, puede pasar a ser considerada como resolución dictada en infracción de ley. En la casación para unificación de doctrina, por decirlo con una expresión gráfica ya utilizada, «no es la infracción legal lo que provoca la casación» –algo que no puede suceder porque no es un recurso de legalidad sino de simple unificación, insistimos– sino que «es la casación, una vez completada al dictarse la sentencia estimatoria que corresponda, y solo por esto, lo que provoca la infracción legal», que no es meramente «declarada» por la sentencia dictada en casación unificadora –como si aquella, la infracción legal, ya existiera *ex ante* y la sentencia simplemente la «reconociera», a la manera como sucede en la casación ordinaria– sino «creada» o «fabricada» –*constituida ex novo*⁴¹– por la resolución dictada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina⁴².

⁴⁰ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219. Finalidad del Recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», cit., p. 1219; prueba de ello es que la infracción legal, de existir, nunca permitiría el avance del recurso si no se acreditara la contradicción, por muy flagrante que aquella fuera (TS de 12 de junio de 1992, RJ 4572; 23 de diciembre de 1992, RJ 10363); *ibidem*, p. 1223.

⁴¹ Prueba evidente de ello –de la inexistencia de una previa verdad legal sobre el asunto discutido que permita hablar cabalmente de infracción legal– es que la sentencia de casación puede terminar incluso no acogiendo ninguna de las tesis interpretativas en liza (la de la sentencia impugnada y la de su contraria), generando una tercera propuesta hermenéutica –verdadero *ius novum*– que será la que le sirva no solo para resolver el recurso interpuesto sino sobre todo para fijar la nueva doctrina judicial unificada; así queda de manifiesto con toda claridad, por ejemplo, en las TS de 4 de julio de 2006 (RJ 6419), 28 de junio de 2007 (RJ 6724) y 18 de febrero de 2016 (RJ 793); el TC ya había admitido esta posibilidad al considerar que no constituye una incongruencia contraria a la tutela judicial efectiva (TC 172/1994, de 7 de junio).

⁴² «La defensa de la ley es consecuente y no antecedente de la operación interpretativa de unificación de doctrina» ha dicho la doctrina a este respecto: Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219. Finalidad del Recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», cit., p. 1220.

Una prueba evidente de que la infracción legal no puede verse sin más como *conditio sine qua non* del recurso para unificación de doctrina es que este sigue cumpliendo perfectamente su cometido institucional –uniformización de las líneas judiciales de interpretación del derecho– incluso en aquellos casos en que se desestime la impugnación (y en los que por consiguiente no se dé la razón al particular reclamante en su pretensión), declarándose por el contrario que la interpretación correcta es la contenida en la sentencia impugnada y reajustándose a partir de ese momento la línea interpretativa que pudiera haber venido sosteniéndose con anterioridad, casos en los que evidentemente nunca podría decirse que ha habido infracción legal (ni en la sentencia de suplicación vencedora ni tampoco por parte de las sentencias y doctrina previa objeto de rectificación). Obsérvese en efecto que instado el recurso de casación para unificación de doctrina –y presentadas por la parte recurrente las razones que según su parecer hacen ilegal la solución de la sentencia de suplicación– no solo cabe la posibilidad de que triunfe la doctrina de la sentencia referencial o de contraste, con la consiguiente estimación del recurso, sino también la de que se imponga la doctrina de la sentencia impugnada, en cuyo caso, como ya hemos señalado, se habría producido la unificación de doctrina sin posibilidad alguna de argumentar la existencia de infracción legal, ello sin contar con que precisamente la existencia de dos líneas de interpretación abiertas y en liza, y no meras sentencias, sobre las que se proyecta la casación unificadora, estaría dejando patente que hay dudas razonables acerca de cómo debe interpretarse la ley, lo que certificaría la inexistencia de vulneración del ordenamiento. Precisamente la ausencia de esta opcionalidad o posibilidad de «solución de doble sentido», tan característica de la casación para unificación de doctrina, en los casos en los que la reclamación se interpone por contradicción –¿no sería mejor decir ahora vulneración?– con las sentencias previas del Tribunal Constitucional, los tribunales de derechos humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que el recurso puede circular exclusivamente en un «único sentido» (solo puede resultar la casación de la sentencia impugnada y su doctrina, nunca de la doctrina de las sentencias contrarias de los citados tribunales)⁴³, aproxima sin duda esta singular versión del recurso a un mecanismo de eliminación de

⁴³ La doctrina ha sostenido en este sentido que la ampliación de la referencia de sentencias contrarias a las dictadas por el Tribunal Constitucional, los tribunales de derechos humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene que ver con el hecho de que «en la práctica (tales sentencias) «ya venían influenciando de manera decisiva en el orden social», pues de lo contrario se corre *el riesgo de perpetuar artificialmente criterios basados en legalidad ordinaria* que son contrarios a «normas, valores o principios con una posición preeminente» en el ordenamiento»; *Vid.* RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sentencias de contraste en el recurso de casación para la

sentencias antijurídicas (alejándolo por tanto de la genuina casación para unificación de doctrina como vía de homogeneización de sentencias que responden a corrientes interpretativas distintas pero no ilícitas)⁴⁴.

Pero, si la infracción legal no puede considerarse un componente institucional de la casación unificadora ni consecuentemente operar en rigor como requisito de admisibilidad (o estimación) del recurso, ¿cómo debe interpretarse entonces la exigencia que el artículo 224 LRJS formula clara y detalladamente de que el escrito de interposición del recurso contenga «la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada» a cuyo fin «expresará separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción (...), por el orden señalado en el artículo 207, (...) razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas y haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas»? Pues precisamente como literalmente manda el propio artículo 224 LRJS que, si bien se mira, no exige –no podría hacerlo– que «haya infracción legal» (puesto que esta queda como señalábamos «constituida», no meramente «declarada», por la sentencia de casación) sino simplemente que interesado consigne en el escrito del recurso la «fundamentación de la infracción legal» que propugna, entendida como presentación discursiva de las razones jurídicas por las que se considera que la doctrina de contraste constituye mejor derecho que el utilizado por la sentencia de suplicación para dar sustento a su fallo⁴⁵. El requisito de infracción legal no exige acreditar *ex ante* la existencia de tal infracción legal, ni siquiera ofrecer las posibles razones jurídicas de la misma –porque en la casación unificadora no se precisa como decimos vulnera-

unificación de doctrina. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 (rec. 2259/2017)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 435 (2019), p. 155.

⁴⁴ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219. Finalidad del Recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», cit., p. 1219.

⁴⁵ «Al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible» –dice el Tribunal Supremo– «razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia»; TS de 25 de abril de 1997 (RJ 3506) y 24 de noviembre de 1999 (RJ 9511); el Tribunal Supremo ha vuelto recientemente a señalar que la exigencia de fundamentación de la infracción legal deriva de «la propia naturaleza del recurso de casación para la unificación de la doctrina que persigue la unificación interpretativa del ordenamiento jurídico, lo que exige especificar, claramente, la norma o la doctrina infringida por la sentencia recurrida», pues «estamos en presencia de un recurso en el que normalmente ha de optarse entre dos interpretaciones diferentes de un mismo precepto legal y ello exige que la parte recurrente cite el precepto cuya interpretación se discute y razone en qué preciso sentido y por qué fundamentos considera que la interpretación unificada ha de ser la que sostiene la recurrente, contenida en la referencial, y no la de la sentencia recurrida» (TS 172/2018, de 20 de febrero, RJ 764; TS 528/2019, de 3 de julio, RJ 3445).

ción del ordenamiento— sino la construcción argumentativa de las razones legales por las que se considera que la sentencia impugnada y la doctrina que ella aplica no merece continuar produciendo efectos vinculantes en el ordenamiento jurídico, debiendo sacrificarse en aras de otra línea interpretativa —la que ofrecen las sentencias contrarias— que se considera mejor⁴⁶. Se trataría por tanto de una exigencia añadida externamente al recurso —de ahí su calificación como extrainstitucional— cuyo sentido (puramente funcional o utilitario) no sería otro que facilitar y agilizar la elaboración de la respuesta jurisdiccional —la motivación y la construcción argumentativa de la sentencia— limitando el acceso a las reclamaciones mínimamente acabadas⁴⁷, todo ello con el objetivo final de viabilizar una unificación de doctrina mínimamente rigurosa (con suficiente penetración en el fondo de las cuestiones) y satisfactoria (en el sentido de rápida, eficiente y capaz de mantenerse recurrentemente el ejercicio de sus funciones)⁴⁸. Simultáneamente con este requisito se garantizarían los derechos defensivos de la parte recurrida, dada la novedad —y relativa sorpresa— procesal que comporta el recurso⁴⁹.

⁴⁶ Es por esto que no basta con invocar los preceptos o doctrinas aplicables en abstracto, como simplemente mandaría el principio *iura novit curia*, sino que, precisamente por el carácter extraordinario de la casación unificadora —como vía de homogenización jurisprudencial— se requiere que el recurrente argumente por qué para un caso como el que le concierne es mejor la doctrina de contraste que la que ha aplicado la sentencia de suplicación impugnada (TS de 7 de julio de 1992, RJ 5589; TS de 12 de abril de 1995, RJ 3046; TS de 25 de abril de 2002, RJ 8123; TS de 4 de julio de 2006, RJ 6419; o TS de 22 de marzo de 2011, RJ 3560; TS 1096/2018, de 20 de diciembre, RJ 6176); la exigencia de fundamentar la infracción legal cometida no puede consecuentemente quedar «suplida con la fundamentación del presupuesto de contradicción de sentencias» pues este simplemente indica que dos cuestiones similares han recibido sentencias distintas, no cuál de las interpretaciones en liza sea más adecuada en términos de corrección del derecho (TS de 17 de mayo de 2001, RJ 5465; TS 987/2018, 28 de noviembre, RJ 5851).

⁴⁷ La exigencia que formula el artículo 224 LRJS en cuanto al modo de fundamentar la infracción legal cometida —el escrito de interposición «expresará separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción (...), por el orden señalado en el artículo 207, (...) razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas y haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas»— ha sido vista en este sentido en clave didáctica, como garantía de buena elaboración argumentativa en el recurso de casación para unificación de doctrina; *vid.* AGUSTÍ JULIÁ, J., «Artículo 224. Contenido del escrito de interposición del recurso», *cit.*, pp. 1250 y 1251.

⁴⁸ El Tribunal Supremo ha dicho en este sentido que el requisito «es una consecuencia lógica del carácter casacional del recurso de unificación de doctrina» —hiperselectivo, como solución de ultimísima instancia que es—, y tiene por objeto incluir una «argumentación suficiente» que permita conocer la «base jurídica» en la que se apoya la posición de la parte, sin que baste por ello con «indicar los preceptos que se consideren aplicables (...) al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a diferentes pronunciamientos judiciales» (TS de 7 de abril de 2004, RJ 4591, y 9 de marzo de 2009, RJ 1260); de otro modo «se transferiría a la Sala (...) el examen de oficio del ajuste de la sentencia a la legalidad», lo que —añadimos nosotros— retardaría notablemente el funcionamiento del recurso (TS de 16 de julio 1993, RJ 5686, 28 de junio 2005, RJ 8627, y 1095/2016, de 21 diciembre, RJ 6707).

⁴⁹ TS de 15 de enero de 1992 (RJ 38) y, más actualmente, TS 167/2017, de 28 de febrero, (RJ 1308).

5. LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS DEL RECURSO EN LAS CASACIONES DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA ESPECIALES

La aprobación de la LRJS a finales del año 2011 trajo consigo como es sabido importantes modificaciones en el régimen jurídico del recurso para unificación de doctrina, relacionadas principalmente con el ensanchamiento de sus posibilidades de funcionamiento por dos cauces singulares: de un lado, mediante la ampliación de las resoluciones que podrían ser invocadas como sentencias contrarias, y, de otro lado, mediante la potenciación de las condiciones en las que el Ministerio Fiscal podría poner en marcha, por razones de interés general, el procedimiento de la casación unificadora. En efecto, de una parte, el artículo 219.2 LRJS añade a las sentencias de las salas de lo social de los TSJ y del TS, como resoluciones de contraste, «las dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España», así como «la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario». De otra parte, el artículo 219.3 LRJS pasa a disponer también que «el Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, de oficio o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa, y con independencia de la facultad que ordinariamente tiene atribuida conforme al artículo siguiente de esta Ley, podrá interponer recurso de casación para unificación de doctrina».

Las aludidas vías –totalmente novedosas– de ampliación de la casación unificadora presentan la característica común de romper de una manera u otra las condiciones normales de funcionamiento (los rasgos esenciales) del recurso de unificación de doctrina. Podría en este sentido decirse que abren cauces especiales de casación unificadora, y no solo por lo que a las condiciones o requisitos de acceso al recurso respecta, sino también por lo que hace a los efectos del mismo, o por lo que se refiere incluso a su naturaleza y funcionalidad. La singularidad de estos modos especiales de la casación unificadora aparece de hecho reflejada en sus normas reguladoras, que apenas los formulan se encargan de señalar las particularidades de régimen jurídico –a veces verdaderamente exorbitantes– a las que quedan sometidos. Así, el artículo 219.2 LRJS, tras ampliar las sentencias contrarias a las del Tribunal Constitucional, los tri-

bunales de derechos humanos y el Tribunal de Justicia, añade de inmediato –inevitablemente, como es obvio– que en estos casos la contradicción solo se exigirá «referida a la pretensión de tutela de (los) derechos y libertades (en juego)», precisando que «la sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado». Análogamente, el artículo 219.3 LRJS señala que el recurso de casación para unificación de doctrina podrá ser instado (extraordinariamente) por el Ministerio Fiscal «cuando, sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales, así como cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo», añadiendo finalmente que, aunque la sentencia «podrá afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida», si los interesados no hubiesen solicitado del Ministerio Fiscal su alteración «la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial», en cuyo caso «el fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo».

No cabe ninguna duda de que los referidos cauces –novedosos, especiales, como vemos– de unificación de doctrina, que dicho sea de paso comparten con esta el objetivo central (de interés público o general) de mantener o garantizar la uniformidad de la jurisprudencia (así como el de que los particulares puedan obtener eventualmente también cierta reparación o tutela extraordinaria en sus intereses privados, según se desprende de la normativa que acabamos de reseñar), presentan sin embargo importantes particularidades en lo que a los requisitos sustantivos del recurso de casación para unificación de doctrina respecta –contradicción, infracción legal, contenido casacional–, que es la cuestión que aquí corresponde tratar. Veámoslo con cierto detalle.

Para el caso de la invocación como contrarias de las sentencias del TC, los tribunales de derechos humanos y el TJUE, va de suyo como ya hemos dejado entrever que, por lo pronto, el requisito de contradicción no podrá traducirse en exigencia de rigurosa similitud de litigantes, hechos, fundamentos y pretensiones⁵⁰ (en los términos que ordinariamente reclama el art. 219.1 LRJS)⁵¹, pues resulta obvio que la consustancial inconmensurabilidad de situaciones que se actualizará en tales casos impedirá que se pueda realizar una analogía de este género⁵². La contradicción –forzosamente flexible, no cualificada– tendrá entonces que ceñirse solo a la similitud de lo materialmente reclamado en los litigios comparados –los derechos *lato sensu*, las reglas en juego⁵³–, o como la propia LRJS establece la simple analogía de las «pretensiones de tutela de los derechos y libertades» ejercitados (tanto es así que la referencia o contraste en estos casos podrá venir dada no ya por el fallo sino por la doctrina de la sentencia que le dé soporte: el artículo 219.2 LRJS llega literalmente a decir respecto de las sentencias del TJUE que lo que podrá invocarse como término de contradicción será «la doctrina [*sic*] establecida en [sus] sentencias»)⁵⁴. La exigencia de infracción legal tendrá por su parte que entenderse producida automáticamente en estos casos una vez que se admita la contradicción –como efecto forzoso de esta–, pues, como ya hemos apuntado, la solución de la controversia interpretativa solo podrá saldarse aquí conforme a lo que hayan resuelto las sentencias de contraste, y nunca al revés. Por las mismas razones, el interés casacional habrá de reputarse necesariamente existente una vez que se reconozca la contradicción, que implicará *a fortiori* antijuricidad y reclamará por ello una respuesta jurisdiccional. Realmente, sucede así porque en estos casos no estamos rigurosamente ante unificación de doctrina judicial por el carácter contradictorio de esta (o no solo por esto) sino ante simple y pura nomofilaxis –purga legal, control de juridicidad– de una doctrina judicial (la de un TSJ o el propio TS) que contraviene o vulnera lo prevenido en una jurisprudencia de rango superior (del TD, TEDH o TJUE), de modo que la uniformización interpretativa viene a operar como un simple efecto secundario o

⁵⁰ Recuérdese que precisamente la falta de estas condiciones –entendidas al modo clásico– es lo que ha determinado que tradicionalmente el Tribunal Supremo no admitiera como contrarias las sentencias del TC en la casación para unificación de doctrina (TS de 16 de julio de 1992, RJ 5627).

⁵¹ TS de 14 de noviembre de 2014 (RJ 2015\1018).

⁵² TS de 12 de septiembre de 2017 (RJ 4059).

⁵³ TS de 11 de marzo de 2015 (RJ 1656) y 6 de julio de 2015 (RJ 3583).

⁵⁴ TS de 2 de febrero de 2016 (JUR 71943) y 2 de noviembre de 2016 (JUR 260855); sucederá especialmente así cuando la sentencia de contraste invocada lo sea del TJUE, en la medida en la que podrá estar referida a un litigio en el que se haya aplicado un ordenamiento extranjero y no el derecho español; TS de 4 de abril 2017 (RJ 1981); también cuando se trate de sentencias contrarias del TEDH; TS de 31 de mayo de 2016 (JUR 2018\166709).

colateral (no primario, como realmente acontece en la genuina unificación de doctrina) de la aplicación de criterios de jerarquía de interpretaciones que ostentan rangos distintos (razón por la que en este tipo de situaciones el recurso nunca puede terminar dando prioridad a la doctrina postulada en la sentencia impugnada)⁵⁵.

Los requisitos sustantivos comunes o estándar de contradicción, infracción legal e interés casacional de la impugnación también presentan serias alteraciones en el recurso (extraordinario) de casación para unificación de doctrina que puede instar el Ministerio Fiscal. Tales alteraciones tienen que ver sobre todo con el particular acento que experimenta en estos casos el objetivo –de interés público– de normalización de la interpretación jurisprudencial del derecho, que no solo se traduce en la característica tramitación no rogada de esta casación unificadora (solo instada por el Ministerio Fiscal, sin reclamación de particulares), sino también –y sobre todo– en la posibilidad de que el procedimiento avance sin que haya propiamente contradicción, e incluso cuando ni siquiera existan posibilidades de que esta se dé (porque todavía no haya sentencias que unificar debido al carácter novedoso y reciente de la legislación cuya interpretación pretende ser uniformizada). La casación para unificación de doctrina que el artículo 219.3 LRJS permite poner en marcha al Ministerio Fiscal muestra en efecto una *facies* de necesidad y urgencia pública en la uniformización jurisprudencial que, por lo que a los requisitos sustantivos de admisión del recurso respecta (lo que aquí interesa), se traduce de hecho en un mayor peso de las exigencias de infracción legal e interés casacional en detrimento de la contradicción.

En efecto, el Ministerio Fiscal tendrá que acreditar sin duda por qué desde el punto de vista de la unificación de doctrina la sentencia impugnada y la interpretación que incorpora deben ser neutralizadas –como soluciones no óptimas– en nuestro sistema (requisito de infracción legal), y también cómo con ello se contribuye a solucionar un problema hermenéutico –de tendencia o preferencia interpretativa– que requiere ser corregido, incluso urgentemente, por motivos de interés general (requisito de interés casacional). En cambio, no será preciso que acredite estrictamente la contradicción, pues bastará con que «se hayan dictado pronunciamientos distintos en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales» o que «se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos» o incluso que

⁵⁵ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sentencias de contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina...», cit., p. 155.

no haya sentencias contradictorias que unificar «cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo». Dicho de otro modo, demostrando que una sentencia de suplicación contiene una solución subóptima que no se considera mejor derecho, y acreditando que es de interés general –jurisprudencial– rectificar lo que la misma dispone, el Ministerio Fiscal podría instar por este cauce extraordinario la unificación de doctrina simplemente a partir de una contradicción laxa o elásticamente entendida, o incluso sin contradicción ninguna, en una suerte de unificación preventiva o *ex ante* que podría darse antes de que hubiera sentencias –o líneas interpretativas– que unificar, y que se asemeja funcionalmente mucho al ejercicio de una tarea normativa (hasta el punto de que bien podría no afectar situaciones particularizadas y ser necesariamente objeto de publicación en el BOE, como es sabido)⁵⁶. Así queda de manifiesto en las escasas ocasiones que el Tribunal Supremo ha tenido para resolver recursos de unificación de doctrina interpuestos por el Ministerio Fiscal⁵⁷.

⁵⁶ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Artículo 219. Finalidad del Recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», cit., pp. 1235 a 1237.

⁵⁷ Por ejemplo, a propósito del contenido que debe tener el escrito de impugnación del recurso de suplicación (TS de 15 de octubre de 2013, RJ 7923), respecto de la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de las reclamaciones de intereses de demora en casos de silencio administrativo contra el FOGASA (TS 793/2016, de 3 de octubre, RJ 5453), o en materia de cómputo de días-cuota a efectos de pensiones de Seguridad Social (TS de 28 de enero de 2013, RJ 3045).

CAPÍTULO III

REQUISITOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: EL ESCRITO DE PREPARACIÓN DEL RECURSO

M.^a JOSÉ SERRANO GARCÍA

Profesora Acreditada para Titular/Contratada Doctora, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Los sujetos legitimados para preparar el recurso, la necesaria intervención de abogado y el órgano judicial competente.*–3. *El plazo al que se encuentra sujeta la preparación del recurso.*–4. *La incidencia de LexNet sobre el cómputo del plazo para preparar el recurso.*–5. *La respuesta dada por el Tribunal Supremo al desajuste entre la exigencia de señalar un domicilio a efectos de notificaciones y la actuación del sistema LexNet.*–6. *La asunción por el legislador de la doctrina de la jurisprudencia social sobre «la exposición del núcleo de la contradicción».*–7. *Los extremos a los que ha de alcanzar la «exposición del núcleo de la contradicción».*–8. *Las sentencias que pueden utilizarse para fundamentar la contradicción.*–9. *La identificación y la certificación de las sentencias aportadas para fundamentar la contradicción.*–10. *Los sujetos obligados a efectuar el depósito y el aseguramiento de la condena. Las consecuencias del incumplimiento de esta obligación.*–11. *Los tipos de aseguramiento de la condena.*–12. *La resolución sobre la preparación del recurso.*

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario y excepcional. Como ha puesto de manifiesto en reiteradas oca-

siones la jurisprudencia social, fue introducido por el legislador, con la finalidad de que sirviera para evitar la «disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia»⁵⁸. Actualmente, se encuentra regulado en los artículos 218 a 228 LRJS, a los que se suman los artículos 229 a 235 LRJS, que contienen los mandatos comunes a los recursos de suplicación y de casación. Del análisis de estos preceptos se desprende que su esquema tradicional ha sido parcialmente alterado por la LRJS.

A día de hoy, dentro del recurso de casación para la unificación de doctrina, cabe situar un recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley que puede interponer el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad y sin necesidad de que concurra el presupuesto de contradicción de sentencias (art. 219.3 LRJS). El análisis de este tipo de recurso se realiza, en otro capítulo del libro; por lo que, en las siguientes páginas, se omite el estudio del régimen jurídico al que se encuentra sometida su preparación. De otro lado, nos encontramos, con un recurso de casación para la unificación de doctrina en cuya articulación sí es necesario el presupuesto de contradicción de sentencias. Este tipo de recurso, a su vez, se divide en dos subtipos. Por una parte, aquel en el que las sentencias susceptibles de ser utilizadas como de contraste son las que tradicionalmente se han utilizado a tal efecto, que son las sentencias de la Sala 4.^a de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo (art. 219.1 LRJS). Y, en segundo lugar, el recurso por infracción de la doctrina de otros tribunales que no forman parte del orden social de la jurisdicción, pero cuya doctrina deben respetar los órganos judiciales que están integrados en el mismo. En este caso, se pueden utilizar como de contraste las sentencias del Tribunal Constitucional, de los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, y las sentencias que dicta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho comunitario (art. 219.2 LRJS)⁵⁹.

Centrándonos en el segundo tipo de recurso de casación para la unificación de doctrina que se acaba de señalar, aquel cuyos componentes se contemplan en el artículo 219.1 y 2 LRJS, cabe destacar que, para atender a su carácter extraordinario y excepcional, el legislador ha sometido su tramitación a un conjunto de requisitos que son especialmente exigentes, incluso, en la fase de preparación. Los más característicos, aunque no los únicos, son los que se

⁵⁸ Por todas, STS, Sala 4.^a, de 1 de junio de 2010, FJ 3.º [rcud. núm. 1550/2009].

⁵⁹ Al respecto, *vid.* DESDENTADO BONETE, A. (2012), «Los recursos de casación en la LRJS y en el RD-ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Aranzadi, 7/2012, pp. 187-210.

concretan en la exigencia de que la preparación del recurso se realice a través de un escrito que describa el núcleo de la contradicción y que identifique la sentencia o sentencias de contrate.

A la hora de determinar la forma en la que se han de articular todos estos requisitos, la jurisprudencia social, con apoyo en la constitucional, mantiene que el principio *pro actione* no actúa con la misma intensidad en el acceso al recurso, que en el acceso a la jurisdicción. No obstante, como se desprende de la lectura de las siguientes páginas, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional también ha señalado que las normas que contienen requisitos procesales deben aplicarse partiendo del fin al que el legislador ha destinado estos requisitos, al objeto de apartarse de una interpretación rigorista o formalista, o bien no razonable o arbitraria, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo valora las circunstancias concurrentes en el caso al que da respuesta e intenta equilibrar la trascendencia práctica que atribuye al incumplimiento del requisito ante el que se sitúa y el grado de satisfacción real de la finalidad a la que éste tiende. Ello le ha permitido afirmar la posibilidad de subsanar defectos y de negar efectos prácticos a ciertas irregularidades, yendo más allá de la simple literalidad de la norma, interpretándola en el sentido más favorable para la efectividad del artículo 24.1 CE e impidiendo, con ello, que los requisitos a los que se encuentra sujeto la preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina se conviertan en meras trabas formales o en obstáculos injustificados. La jurisprudencia social también recuerda que constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional «que está excluida del ámbito protector del artículo 24 CE (...) la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan»⁶⁰.

2. LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA PREPARAR EL RECURSO, LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE ABOGADO Y EL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE

El recurso de casación para la unificación de doctrina puede prepararlo el Ministerio Fiscal y las partes. La jurisprudencia social ha precisado que la legitimación que atribuye el artículo 220.1 LRJS al Ministerio Fiscal se refiere a la posibilidad que posee para recurrir como parte en determinados procesos en los que el interés público predomina sobre el de las partes propiamente dichas. Y ha destacado que esta legitimación es diferente de la extraordinaria que le

⁶⁰ Por todas, STC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2.º

otorga el artículo 219.3 LRJS⁶¹, que le permite actuar, de oficio o a instancia de determinados colectivos⁶², «en defensa de la legalidad y sin necesidad de que concurra el presupuesto de contradicción de sentencias» (Preámbulo LRJS, apartado V). Con ello, «se han tratado de superar los tradicionales obstáculos que venían dados por la exigencia (de este presupuesto) que dificultaba y retrasaba el acceso (al recurso)» (Preámbulo LRJS, apartado VI). Si bien, en la práctica, la legitimación extraordinaria del Ministerio Fiscal no ha tenido la repercusión esperada, ya que el número de recursos interpuestos con fundamento en la misma ha sido menor que el previsto, entre otros motivos, por la escasez de medios personales y materiales⁶³.

De otro lado, a la luz de lo ordenado en los artículos 17.5 LRJS y 448.1 LEC, la jurisprudencia social aplica el criterio del interés, directo o indirecto, al objeto de atribuir o no legitimación a las partes. Así, la STS, Sala 4.ª, de 9 de julio de 2020 [rcud. núm. 72/2018] destaca que «esta Sala ha venido interpretando (el art. 17.5 LRJS), en consonancia con la doctrina constitucional, en el sentido de entender legitimado a todo aquel que en el proceso ostente un interés directo o indirecto, derivado del pronunciamiento (.) Lo recuerda la STS de 29 de junio de 2018 (rcud. núm. 2889/2016), al decir que (.) además de la condición de parte en el proceso, para poder recurrir la sentencia (,) es necesario que concurra el llamado «gravamen» o perjuicio experimentado por quien recurre, por no haber obtenido satisfacción (parcial o total) a sus peticiones. El artículo 17.5 LRJS condensa ese enfoque» (FJ 2.º). Aplicando esta regla, la Sala 4.ª del Tribunal Supremo ha entendido que el requisito del interés, directo o indirecto, no se encuentra presente, en aquellas situaciones en las que la parte que pretende recurrir se ha aquietado en la vía previa y, por ende, ha asumido el fallo de instancia⁶⁴, salvo, eso sí, que una sentencia dictada en suplicación modifique ese fallo en su perjuicio. De modo que, en este último supuesto, la parte que inicialmente se aquietó sí estaría legitimada para interponer el recurso y, por tanto, para prepararlo⁶⁵.

⁶¹ STS, Sala 4.ª, de 26 de septiembre de 2017 [rcud. núm. 4122/2015].

⁶² Estos colectivos son los sindicatos, las organizaciones empresariales, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las entidades públicas que, por sus competencias, tengan interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión que sea objeto del litigio.

⁶³ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J. (2019), «El recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad interpuesto por el Ministerio Fiscal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 788/2018, de 19 de julio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 435, pp. 178-186.

⁶⁴ ATS, Sala 4.ª, de 31 de enero de 2019 [rcud. núm. 564/2018].

⁶⁵ STS, Sala 4.ª, de 15 de enero de 2019 [rcud. núm. 2735/2016].

En todo caso, la complejidad que caracteriza a la preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, fundamentalmente debido a la necesidad de concretar el núcleo de la contradicción y las sentencias de contraste, ha llevado al legislador a exigir que el escrito de preparación se encuentre firmado por abogado (art. 221.2 LRJS). Adicionalmente, precisa que la preparación «ha de efectuarse por el letrado que hubiera asistido a la parte hasta ese momento, incluso en virtud de designación de oficio, salvo que se efectúe nueva designación de letrado» –lo que debe ponerse en conexión, con los arts. 231 y 232 LRJS–. En este ámbito, los principales problemas a los que ha dado respuesta la jurisprudencia social han sido los vinculados a las comunicaciones efectuadas vía Lexnet y, más específicamente, a la incidencia de determinadas irregularidades en el cómputo del plazo previsto para presentar el escrito de preparación⁶⁶.

La competencia para recibir este escrito de preparación corresponde a la Sala 4.^a del Tribunal Superior de Justicia que ha dictado la sentencia de suplicación que es objeto de impugnación (art. 221.1 LRJS). Partiendo de ello, la jurisprudencia social ha establecido una regla general en virtud de la cual la preparación del recurso no es correcta, si el escrito de preparación se presenta ante un órgano diferente del previsto por el legislador. En este orden de ideas, señala que entender correctamente preparado el recurso de casación para la unificación de doctrina en esas condiciones dañaría, tanto los intereses de la Sala 4.^a del Tribunal Superior de Justicia competente, como los intereses de la contraparte, que no sabría, al menos, en el momento oportuno, si una sentencia es firme y, en consecuencia, si todavía puede adoptar medidas frente a ella.

Ahora bien, la regla general que se acaba de describir posee dos excepciones. La primera puede calificarse de «relativa», en la medida en la que permite afirmar que la preparación del recurso será correcta, aunque el correspondiente escrito se presente ante un órgano incompetente, si este otro órgano lo remite a la Sala de suplicación competente y, además, ésta lo recibe dentro del plazo que la norma prevé para preparar el recurso. Entre otros, el ATS, Sala 4.^a, de 15 de marzo de 2018 [rec. queja núm. 91/2017] declara que «solo si el escrito enviado por medio de Correos, o por medio de cualquier otro vehículo de traslado, hubiera llegado antes de la fecha final del plazo procesal se convalida la utilización del mismo» (FJ 1.º). Lo que ha llevado a la Sala 4.^a del Tribunal Supremo a negar la corrección de la presentación de un escrito de

⁶⁶ Vid. epígrafe 5.

preparación o de presentación, ante un Juzgado Decano⁶⁷, un Juzgado de lo Social⁶⁸, el Registro General del Tribunal Supremo⁶⁹, la Consejería de Hacienda⁷⁰, el Cabildo Insular⁷¹ y, entre otras instancias, la Oficina de Correos⁷².

La segunda de las excepciones, que puede calificarse de «absoluta», encuentra origen, al igual que la anterior, en la necesidad de efectuar una valoración razonada y ponderada de las circunstancias concurrentes, con la finalidad de huir de interpretaciones excesivamente formalistas y contrarias al artículo 24.1 CE. Pero lleva a afirmar la corrección de la presentación realizada ante un órgano incompetente, a pesar de que éste no remita el correspondiente escrito a la Sala 4.^a del Tribunal de Justicia que ostente la competencia dentro del plazo previsto para preparar el recurso. Una muestra de su articulación práctica la encontramos, en el ATS, Sala 4.^a, de 5 de noviembre de 2012 [rcud. núm. 49/2012], puesto que otorga validez a la presentación de un escrito ante una Sala errónea del Tribunal Superior de Justicia que debía recibirlo, argumentando que «la presentación (de ese) escrito fue –no puede negarse– indebida, (pero) se lleva a cabo en la sede del Tribunal Superior de Justicia y en la misma planta en que se sitúa el registro de las dos Salas –de lo Social y Contencioso-administrativo–, de forma tal que el error de la representante fue –utilizando una expresión coloquial– simplemente confundirse de ventanilla» (FJ 4.^o). En su día, el ATS, Sala 4.^a, de 8 de julio de 2005 [rec. súplica núm. 92/2005], en un supuesto en el que el escrito de preparación se presentó ante la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, declaró que tal irregularidad tenía origen, en un «error de la Procuradora» –que el Tribunal Supremo calificó de error «humano» y/o de «error burocrático de la oficina del letrado»–, así como en las circunstancias de que la procuradora conocía el Tribunal de destino del escrito –como ponía de manifiesto que constara, en mayúsculas y en negrita, en su encabezamiento–, que este escrito fue remitido a la Sala 4.^a del Tribunal Supremo –que es la destinataria real del recurso– y que tuvo entrada dentro del plazo establecido normativamente.

⁶⁷ AATS, Sala 4.^a, de 4 de octubre de 2010 [rec. súplica núm. 1741/2010], de 19 de mayo de 2000 [rec. queja núm. 846/2000], de 4 de febrero de 1999 [rec. queja núm. 4274/1998] y de 19 de noviembre de 1998 [rec. queja núm. 3613/1998].

⁶⁸ AATS, Sala 4.^a, de 14 de septiembre de 2011 [rec. queja núm. 30/2011] y de 4 de junio de 2007 [rec. queja núm. 1/2007].

⁶⁹ AATS, Sala 4.^a, de 19 de febrero de 2003 [rec. queja núm. 47/2002] y de 19 de noviembre de 1998 [rec. queja núm. 3930/1998].

⁷⁰ ATS, Sala 4.^a, de 28 de mayo de 2003 [rec. queja núm. 386/2003].

⁷¹ ATS, Sala 4.^a, de 28 de febrero de 2013 [rec. queja núm. 126/2012].

⁷² ATS, Sala 4.^a, de 25 de enero de 1999 [rec. queja núm. 4531/1998].

3. EL PLAZO AL QUE SE ENCUENTRA SUJETA LA PREPARACIÓN DEL RECURSO

El escrito de preparación debe presentarse, ante la Sala 4.^a del Tribunal Superior de Justicia competente, «dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia impugnada» (art. 220.1 LRJS). Este plazo constituye una garantía esencial de seguridad jurídica, un plazo perentorio o improrrogable que no es susceptible de ser ampliado artificial y arbitrariamente por las partes. Solo puede ser interrumpido o prorrogado, en caso de fuerza mayor debidamente probada; y, en tal supuesto, su cómputo se reanudará, «en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora» (art. 134 LEC).

La doctrina de la jurisprudencia social destaca, en primer lugar, que el comienzo del cómputo de este plazo se encuentra unido a la fecha de la primera notificación válida efectuada a la parte que presenta el escrito de preparación, aunque posteriormente el órgano judicial vuelva a notificarle la sentencia⁷³. En segundo lugar, que, a pesar de que la solicitud de aclaración de sentencias no constituye un auténtico recurso, si media auto de aclaración, la fecha que se tendrá en cuenta será la de su notificación o la de su denegación a esa misma parte (art. 448.2 LEC)⁷⁴. En tercer lugar, que la presentación del escrito de preparación puede efectuarse, hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo al que se encuentra sujeta (arts. 45.1 LRJS y 135.5 LEC)⁷⁵. Y, en cuarto lugar, que la inhabilidad del mes de agosto y las excepciones a esta inhabilidad que recoge el artículo 43.4 LRJS afectan al recurso de casación para la unificación de doctrina y, por ende, a su preparación⁷⁶.

⁷³ El ATS, Sala 4.^a, de 30 de enero de 2012 [rec. queja núm. 45/2011], en un supuesto en el que era aplicable la LPL de 1995, consideró válida la notificación realizada a través de un número de fax proporcionado por el abogado encargado de la preparación del recurso, después de que el órgano judicial intentara infructuosamente efectuarla vía correo certificado. Posteriormente, el letrado recibió la notificación realizada vía correo certificado y, erróneamente, entendió que era la que debía tener en cuenta. Si bien, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo consideró que la preparación del recurso había sido extemporánea, porque superaba los diez días computables desde la notificación realizada vía fax.

⁷⁴ Entre otras resoluciones judiciales, el ATS, Sala 4.^a, de 25 de abril de 2003 [rec. queja núm. 43/2002] recuerda que «el plazo para recurrir no puede quedar al arbitrio de las partes ni ser objeto de prórrogas artificiales. (Si bien, esta) regla de orden público procesal debe conciliarse con el derecho del interesado a utilizar cuantas acciones y recursos considere útiles para la defensa de sus derechos e intereses, aun los de dudosa procedencia, siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria o defraudadora del contenido del plazo legal y su perentoria caducidad (...). Conclusión ésta que resulta avalada por el principio de interpretación más favorable al acceso jurisdiccional para la defensa de derechos y libertades fundamentales» (FJ 4.^o). En la misma dirección, entre otros, ATS, Sala 4.^a, de 23 de mayo de 2002 [rec. queja núm. 1/2002].

⁷⁵ ATS, Sala 4.^a, de 15 de marzo de 2018 [rec. queja núm. 91/2017] y STS, Sala 4.^a, de 5 de febrero de 2013 [rcud. núm. 956/2012].

⁷⁶ AATS, Sala 4.^a, de 21 de noviembre de 2000 [rec. súplica núm. 3276/2000] y de 13 de marzo de 1998 [rec. súplica núm. 3184/1997].

El respeto del plazo normativo en los términos que acaban de ser señalados posee una enorme trascendencia práctica, puesto que, en el supuesto de que se incumpla, la Sala 4.^a del Tribunal Superior de Justicia competente tendrá por no preparado el recurso (art. 222.2 LRJS). Ahora bien, esta decisión será ajustada a Derecho, solo si se basa en una aplicación razonada y fundada de la ley. La jurisprudencia ordinaria, siguiendo la doctrina elaborada por la constitucional, recuerda que el principio *pro actione* exige realizar una justa adecuación entre la decisión de no tener por preparado el recurso y la entidad que posee el incumplimiento del plazo en orden a la satisfacción de la finalidad a la que éste se encuentra destinado. Y añade que, si el incumplimiento es imputable de modo decisivo a la pasividad, al desinterés, a la negligencia, al error técnico o la impericia de quien recurre o le representa, carecerá de relevancia desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE⁷⁷.

En todo caso, la jurisprudencia social ha señalado que las dificultades inherentes a la elaboración del escrito de preparación y, muy especialmente, la necesidad de que concrete el núcleo de la contradicción y fije las sentencias de contraste hacen posible que, dentro del plazo normativamente establecido, se presente un inicial escrito de preparación y, posteriormente, otros que lo complementen y/o corrijan⁷⁸. Estos otros escritos pueden servir, para precisar los extremos de la contradicción, traer al procedimiento sentencias no mencionadas en el inicial escrito de preparación o, entre otras posibilidades, identificar correctamente sentencias mencionadas en ese inicial escrito. Sin embargo, como pone de manifiesto el ATS, Sala 4.^a, de 18 de junio de 2019 [rcud. núm. 1753/2019], no se puede acudir a los artículos 233.1 LRJS y 271 LEC, si lo que se pretende es introducir en el procedimiento una sentencia que ya se había dictado cuando el recurrente preparó el recurso y que éste pudo aportar en la fase de preparación, en tanto en cuanto esa sentencia no cumplirá los requisitos contenidos en tales preceptos; y, en particular, si es una sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, no podrá resultar determinante, porque el Tribunal Supremo conoce su propia doctrina⁷⁹.

⁷⁷ STS, Sala 4.^a, de 3 de diciembre de 2013 [rcud. núm. 3257/2012] y ATS, Sala 4.^a, de 4 de octubre de 2010 [rec. súplica núm. 1741/2010].

⁷⁸ ATS, Sala 4.^a, de 20 de julio de 2012 [incid. nulidad núm. 4432/2010].

⁷⁹ Los documentos que pueden ser admitidos en las circunstancias a las que se refieren los artículos 233.1 LRJS y 271 LEC «son las sentencias y las resoluciones judiciales o administrativas firmes, así como otros documentos, pero siempre que unas y otros resulten condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y además que no se hubiesen podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables a la parte que lo pretende» (ATS, Sala 4.^a, de 18

Por lo demás, durante el transcurso del plazo de preparación, los autos han de estar en la oficina judicial del correspondiente Tribunal Superior, a disposición de las partes, del Ministerio Fiscal o del letrado designado al efecto, quienes deberán examinarlos a través de los medios electrónicos o telemáticos, en caso de que se disponga de ellos (art. 220.2 LRJS).

4. LA INCIDENCIA DE LEXNET SOBRE EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA PREPARAR EL RECURSO

La Disposición Final Duodécima de la Ley 2/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, convirtió el uso de LexNet en obligatorio para todos los profesionales de la justicia, y para los órganos y las oficinas judiciales y fiscales, respecto de los procedimientos iniciados a partir del 1 de enero de 2016⁸⁰. Por ello, a efectos de determinar el cómputo del plazo del que se dispone para preparar el recurso de casación para la unificación de doctrina, posee una especial importancia el artículo 60.3 LRJS, que, en términos parecidos al artículo 151.2 LEC, declara que «las notificaciones a las partes, incluidas las que se realicen a través de los servicios organizados por los Colegios profesionales, se tendrán por efectuadas el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción, cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El artículo 162 LEC regula los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares. Y, concretamente, en su apartado segundo, con las excepciones que enumera, ordena que, «cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente

de junio de 2019, FJ 1.º [rcud. núm. 1753/2019]). *Vid.* también STS, Sala 4.ª, de 6 de febrero de 20 [rcud. núm. 3240/2016].

⁸⁰ También debe tenerse en cuenta la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, así como su reglamento aprobado por el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNet. El Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2016 señala que, desde el 1 de enero de 2017, no es posible que los profesionales presenten escritos ante el Tribunal Supremo, utilizando el número de fax habilitado hasta entonces (91 335 83 64).

desplegando plenamente sus efectos». La doctrina de la jurisprudencia social ha puesto de manifiesto que estos mandatos no son incompatibles con los contenidos en el artículo 60.3 LRJS, sino complementarios. Y ello, porque este precepto de la ley de ritos laboral señala cuándo ha de considerarse efectuado el acto de comunicación, mientras que el artículo 162.2 LEC cuándo debe entenderse realizado ese acto en aquellos casos en los que su recepción no tiene lugar. En este orden de ideas, ha señalado que «el principio de celeridad (que es característico del orden social) no se ve (...) comprometido por la aplicación del artículo 162.2 (LEC), sino más bien al contrario, porque dicho precepto (trae) a la norma procesal general el efecto tradicional de la inactividad procesal, formulado en dos clases, el general de exclusión de la posibilidad de realizar el acto omitido (efecto preclusivo) y los efectos especiales, que determina la ley para cada caso concreto, y principalmente el de la ficción de que el acto omitido se ha realizado, cuando su ejecución sea necesaria para la continuación del proceso, supliendo la realidad por la ficción»⁸¹.

Por lo tanto, si se accede al contenido de una comunicación enviada vía LexNet el día de su remisión o durante los tres días hábiles posteriores, dicha notificación deberá entenderse realizada el día siguiente de producirse dicho acceso. Lo que significa que, si se accede el tercer día, la notificación se estimará efectuada el cuarto día hábil y el plazo para preparar el recurso de casación para la unificación de doctrina dará comienzo el quinto día hábil⁸². En esta misma dirección, actúa el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016. Además, ha de tenerse en cuenta que la presentación del escrito de preparación en formato electrónico puede realizarse todos los días del año, durante las veinticuatro horas; pero, si tiene «lugar en día u hora inhábil a efectos procesales, se entenderá efectuada el primer día y hora hábil siguiente» (art. 135.1 LEC).

⁸¹ ATS, Sala 4.ª, de 8 de mayo de 2018, FJ 2.º [rec. queja núm. 44/2017]. En la misma dirección, AATS, Sala 4.ª, de 19 de diciembre de 2017 [rec. queja núm. 37/2017] y de 8 de septiembre de 2016 [rec. queja núm. 12/2016].

⁸² Aunque se refieren a la presentación del recurso, pueden servir para aclarar la forma en la que debe efectuarse el cómputo las siguientes palabras: «en el presente caso, el plazo de tres días empezaría a contarse desde el 24 de enero de 2017 (martes), ya que la correcta remisión se efectuó el 23 de enero, lo que supondría que los 3 días se corresponden con los días 24, 25 y 26 (martes, miércoles y jueves, respectivamente). En consecuencia, la comunicación se produce en el tercer día concedido para recepcionar la notificación; por ello, el día siguiente será el primero del cómputo del plazo establecido en cada caso para que la parte lleva a cabo la actuación procesal. Esto es, la notificación se tuvo por efectuada el jueves 26 de enero y el plazo de quince días conferido a la parte comenzó a correr desde el día 27 de enero (viernes). Dicha parte recurrente tenía 15 días para formalizar el recurso (de casación para la unificación de doctrina), desde el día 27 de enero hasta el 16 de febrero (jueves) ambos inclusive, existiendo la posibilidad de presentar escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al vencimiento del plazo, esto es, el día 17 de febrero (viernes) –ex art. 135.5 LEC» (ATS, Sala 4.ª, de 7 de marzo de 2018, FJ 2.º [rec. queja núm. 28/2017]).

La Sala 4.^a del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los problemas que plantea el rechazo de escritos vía Lexnet por la incorrecta cumplimentación del formulario electrónico y la repercusión que ello puede tener sobre el cómputo de los plazos. Como siempre, en la elaboración de su respuesta, ha valorado las concretas circunstancias concurrentes en los casos a los que ha dado respuesta. Así lo ha hecho, con fundamento en una exposición de la doctrina de la jurisprudencia constitucional y de la derivada de diversos pronunciamientos de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, entre otros, en el ATS, Sala 4.^a, de 4 de julio de 2019 [rec. queja núm. 16/2019]. Esta resolución judicial declara que el error en la cumplimentación de los diversos apartados del formulario del sistema Lexnet, a falta de un propósito o voluntad torticeros, no puede tener como efecto la pérdida absoluta del recurso, sino que debe considerarse un error subsanable, siempre que de las circunstancias concurrentes se desprenda la voluntad de la parte de ejercitar su derecho al recurso. Y añade que, en el supuesto particular al que da respuesta, «el efecto principal del intento inicial de presentación –defectuoso pero dentro de plazo–, así como del envío subsiguiente, (tan pronto como tuvo conocimiento el letrado de que había fallado el primer intento de envío), del texto del recurso y del documento de depósito a través de fax y correo certificado, es haber dejado suficiente constancia dentro del plazo legalmente establecido de la voluntad de la parte de ejercitar su derecho al recurso y ello en términos tales que cumplimentan los requisitos generales establecidos» (FJ 6.º). En la misma línea, el ATS, Sala 4.^a, de 4 de octubre de 2017 [rec. queja núm. 7/2017] niega la cualidad de defecto procesal insubsanable a la incorrecta identificación del procedimiento de destino, al dar respuesta a un supuesto en el que el Letrado de la parte recurrente presentó, en tiempo y forma, el escrito de preparación del recurso a través del sistema Lex-Net Abogacía, sin que recibiera alerta alguna de su rechazo y sin que el órgano judicial le hubiera requerido para resolver el defecto existente. Y concluye que, «a la vista de las circunstancias y contexto concurrente, debe tenerse por presentado en plazo el recurso de casación para unificación de doctrina (...), pues otra cosa supondría elevar a la categoría de defecto procesal insubsanable la incorrecta identificación del procedimiento de destino en el formulario electrónico a los fines de Lexnet» (FJ 3.º).

En último término, como señala la STC 55/2019, de 6 de mayo, «el error en alguno de los datos del formulario normalizado no puede condicionar por sí solo la validez del acto de comunicación correctamente realizado» (FJ 4.º). «La modernización de la administración de justicia (...), a través de las comunicaciones electrónicas procesales, no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo tanto del órgano judicial, como de los jus-

ticiales que actúan en los procesos a través de los profesionales designados o directamente por ellos cuando esto último es posible. No pueden en ningún caso erigirse tales medios tecnológicos, en impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial a la que «todas las personas» (art. 24.1 CE) tienen derecho» (FJ 5.º). Y, en concreto, «el formulario normalizado cumple un papel accesorio, de facilitación de la comunicación electrónica pero no deviene condicionante de la validez del escrito procesal remitido (...). Es el escrito (...) redactado y cargado en Lexnet (...) el que deb(e) ser examinado por la secretaria de la sala, en orden a dilucidar si permiti(te) tenerlo por recibido y unirlo a las actuaciones de uno de sus procedimientos» (FJ 5.º).

5. LA RESPUESTA DADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO AL DESAJUSTE ENTRE LA EXIGENCIA DE SEÑALAR UN DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES Y LA ACTUACIÓN DEL SISTEMA LEXNET

A efectos de notificaciones, el artículo 221.1 LRJS prevé que el escrito de preparación debe señalar un domicilio en la sede de la Sala 4.ª del Tribunal Superior de Justicia competente para recibirlo, con todos los datos necesarios para la práctica de tales notificaciones, así como con los efectos que recoge el artículo 53.2 LRJS. Antes de que comenzara a actuar el sistema LexNet, la jurisprudencia social atribuía al incumplimiento de estos mandatos carácter subsanable⁸³.

Ahora bien, el uso de LexNet ha llevado a la Sala 4.ª del Tribunal Supremo a declarar que el artículo 221.1 LRJS ha quedado, en parte, vacío de sentido, tácita y parcialmente derogado. En este orden de ideas, señala que ya no es necesario indicar un domicilio a efectos de notificaciones en Madrid, en la medida en la que éstas han de efectuarse obligatoriamente a través del sistema LexNet y con el propio letrado actuante. No obstante, la confusión que genera que el artículo 221.1 LRJS no haya sido derogado formalmente le lleva a recalcar que una notificación realizada en un lugar no designado por la parte interesada y, en consecuencia, no esperado por ella genera indefensión, al privar a esa parte del adecuado conocimiento de la resolución notificada y de la posibilidad de reaccionar contra ella. Partiendo de esta premisa, la jurisprudencia social, en primer lugar, afirma que, si el escrito de preparación designa

⁸³ AATS, Sala 4.ª, de 24 de febrero de 2016 [rec. reposición núm. 1336/2014] y de 24 de abril de 2013 [rec. queja núm. 7/2013].

el domicilio de un particular, el órgano judicial encargado de recibirlo deberá comunicar al letrado actuante que esa designación no es válida y seguir noticiándole vía LexNet. Y, por otro lado, que, si designa «el despacho de otro letrado (,) las notificaciones LexNet efectuadas solo podrían considerarse válidas de haberse efectuado por el Tribunal en el despacho designado y no en otro distinto, mientras (...) no conste en la Secretaría del Tribunal la negativa del otro profesional a asumir tales notificaciones. (En último término, ha de entenderse) que, cuando nuestra ley procesal se refiere a la designación de un domicilio a efecto de notificaciones en Madrid, está hoy en realidad aludiendo a la posibilidad de designación de otro buzón virtual LexNet (de otro letrado), sin que deba olvidarse, por otro lado, que las sustituciones y autorizaciones de unos a otros los profesionales de la justicia están contempladas también en (el art. 19 RD 1065/15)»⁸⁴.

6. LA ASUNCIÓN POR EL LEGISLADOR DE LA DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA SOCIAL SOBRE «LA EXPOSICIÓN DEL NÚCLEO DE LA CONTRADICCIÓN»

El artículo 219.2 de la derogada LPL de 1995 ordenaba que el escrito de preparación debía expresar «el propósito de la parte de formalizar el recurso con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos». Lo que fue interpretado por la jurisprudencia social en la dirección de que el propósito de recurrir se presuponía con la presentación del escrito de preparación, no siendo necesaria una concreta manifestación de voluntad en ese sentido⁸⁵. Y, lo que especialmente importante en este lugar, en la dirección de que ese escrito debía identificar el núcleo básico de la contradicción, definido como la de-

⁸⁴ ATS, Sala 4.ª, de 18 de diciembre de 2018, FJ 2.º [incid. nulidad núm. 1461/2017]. En la misma línea, AATS, Sala 4.ª, de 18 de abril de 2018 [rcud. núm. 2102/2016] y de 12 de septiembre de 2018 [rcud. núm. 4112/2016].

⁸⁵ «No es posible elevar la obligación legal de «expresar el propósito de la parte de formalizar el recurso» a la categoría de fórmula sacramental y condicionante de su viabilidad, salvo en los supuestos límite en que el escrito no identifique qué tipo o clase de recurso pretende interponer. Basta pues a tal fin, que el recurrente utilice cualquiera otra fórmula semejante que evidencie de modo inequívoco el propósito de entablarlo. Y entre ellas, además de la literal que indica la ley, es notorio que constituye ya un uso procesal generalizado la utilizada por el recurrente, tanto al comienzo como al final de su escrito, de que «con el presente escrito y a tenor del artículo 218 LPL vengo a preparar recurso de casación para la unificación de doctrina». Así lo ha entendido esta Sala, aceptando como válido que (,) en dicho escrito, se limite quien lo formula a pedir que se tenga por preparado dicho recurso» (ATS, Sala 4.ª, de 28 de febrero de 2001, FJ Único [rec. queja núm. 3921/2000]).

terminación del objeto y del sentido de las divergencias, así como las sentencias concretas que se tenían por contradictorias⁸⁶.

El vigente artículo 221.2 LRJS también prevé que el escrito de preparación debe expresar el propósito de la recurrente de formalizar el recurso y contener una exposición «sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos». Pero añade una serie de mandatos de los que se desprende que la exposición a la que se refiere ha de satisfacer una doble exigencia: por un lado, «exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos» [art. 221.2.a) LRJS]. Y, por otro lado, aspecto que se analiza en los epígrafes 8 y 9, «hacer referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción» [art. 221.2.b) LRJS]. Además, al igual que sucedía con la derogada LPL de 1995, en el escrito de preparación, no es necesario que se desarrolle la labor que corresponde al de interposición del recurso de contener «la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia» [art. 224.1.b) LRJS].

En alguno de los primeros pronunciamientos en los que se enfrentó a la interpretación del artículo 221.2 LRJS, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo parece querer afirmar que este precepto recoge exigencias más duras que el derogado artículo 219.2 de la LPL de 1995. Concretamente, señala que el artículo 221.2.a) LRJS «aproxima bastante el contenido del escrito de preparación al de interposición (en el aspecto de la contradicción); (de modo que) el escrito de preparación del recurso que ha sido inadmitido no cumpliría los requisitos hoy exigidos por el artículo 221 de la LJS, pero sí cumple, siquiera sea mínimamente, esa «exposición sucinta» que exigía el artículo 219.2 de la LPL aplicable al caso, en la interpretación hecha por esta Sala»⁸⁷. No obstante, la generalidad de los pronunciamientos de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo señalan que «los requisitos legales del escrito de preparación (que recoge el) nuevo artículo 221.2 LRJS, en realidad se corresponden con el desarrollo que la Jurisprudencia de (la) Sala

⁸⁶ Con cita de pronunciamientos anteriores, lo recuerdan, entre otras, las SSTS, Sala 4.^a, de 31 de enero de 2019 [rcud. núm. 2540/2016] y de 26 de septiembre de 2017 [rcud. núm. 3533/2015]; y el ATS, Sala 4.^a, de 16 de junio de 2016 [rec. queja núm. 9/2016].

⁸⁷ ATS, Sala 4.^a, de 7 de junio de 2012, FJ Único [rec. queja núm. 18/2012].

de lo Social del Tribunal Supremo había venido haciendo del anterior artículo 219.2 LPL»⁸⁸.

La jurisprudencia social quiere evitar una desmesurada utilización del recurso de casación para la unificación de doctrina que lo transforme en un tercer grado jurisdiccional. En palabras, entre otros, del ATS, Sala 4.^a, de 3 de julio de 2019 [rcud. núm. 4397/2018], en un trámite en el que es necesaria la intervención de letrado, «quien afirma responsablemente que existe una contradicción y con tal afirmación provoca efectos de gran trascendencia en el proceso como son la paralización de la cosa juzgada y de la ejecución definitiva de una sentencia dictada en un recurso extraordinario como es el de suplicación, debe conocer los términos en que esta contradicción se produce y exponerlos como garantía de la seriedad de su propósito» (FJ 3.º)⁸⁹. Si bien, como destaca, entre otros, el ATS, Sala 4.^a, de 16 de junio de 2016 [rec. queja núm. 9/2016], «la Sala de suplicación ha de limitarse (a efectuar) un mero control formal del escrito de preparación (...), sin entrar, de forma directa o indirecta, en un control material sobre la existencia de la contradicción» (FJ 5.º)⁹⁰.

El legislador prevé que la omisión de la exposición de los extremos del núcleo de la contradicción y/o de la identificación de las sentencias de contraste constituye un defecto insubsanable que provoca la inadmisión del recurso [art. 225.4) LRJS]⁹¹. Partiendo de ello y con apoyo en la jurisprudencia constitucional, la jurisprudencia ordinaria afirma que nos encontramos ante requisitos absolutamente necesarios en la preparación del recurso⁹². Si bien, para su correcta delimitación, ha de estarse a lo que se expone en los siguientes epígrafes.

⁸⁸ ATS, Sala 4.^a, de 5 de noviembre de 2015, FJ 1.º [rec. queja núm. 42/2015].

⁸⁹ En el mismo sentido, ATS, Sala 4.^a, de 5 de febrero de 2019 [rcud. núm. 2335/2018] y de 5 de noviembre de 2015 [rec. queja núm. 42/2015].

⁹⁰ Esta es la dirección en la que deben ser interpretadas las palabras que vierte la STS, Sala 4.^a, de 29 de noviembre de 2017 [rcud. núm. 729/2016], al reproducir la doctrina que recoge el ATC 260/1993, de 20 de julio, en el sentido de que la exposición de la contradicción en el escrito de preparación sirve para «comprobar ya en sede de preparación que la parte aduce una contradicción real, requisito necesario para que la Sentencia sea recurrible» (FJ 2.º).

⁹¹ ATS, Sala 4.^a, de 7 de marzo de 2017 [rec. queja núm. 44/2016].

⁹² En este orden de ideas, ha declarado que «la cita de sentencia de contraste y la determinación del núcleo de la contradicción es un requisito procesal absolutamente necesario para preparar el recurso de casación para la unificación de doctrina [conforme al art. 221.2.a) LRJS] y, por lo tanto, el defecto consistente en no citar dicha sentencia ni concretar el núcleo de la contradicción es un defecto insubsanable, que en aplicación del artículo 225.4 conlleva, como así indica el Auto recurrido, la inadmisión del recurso. A dicha conclusión han llegado numerosas resoluciones de esta Sala (...). Además, sobre tal interpretación se pronunció el Tribunal Constitucional, declarando en ATC 260/1993 que este criterio no era contrario al artículo 24 de la Constitución, «sino más bien impecable desde el punto de vista constitucional y legal». Esta doctrina se reiteró en la STC 111/2000, añadiendo que el derecho de acceso a los recursos exige el cumplimiento de los requisitos que condicionan su admisibilidad y que el artículo 117.3 CE ordena a los Tribunales ejercer su potestad jurisdiccional con sujeción a las normas de competencia y procedimiento establecidos en las leyes» (ATS, Sala 4.^a, de 7 de marzo de 2017, FFJJ 1.º y 2.º [rec. queja núm. 44/2016]).

Por lo demás, también es reiterada la doctrina de la jurisprudencia social que declara que se puede utilizar el recurso de casación para la unificación de doctrina a fin de abordar cuestiones recogidas en la sentencia de instancia y/o de duplicación, pero no con la finalidad de introducir cuestiones nuevas que, como tales, impidieran apreciar la contradicción exigida en el artículo 219.1 LRJS⁹³. Y, de igual modo, la que exige una correspondencia entre el escrito de preparación y el de interposición, respecto a las sentencias utilizadas como de contraste y a los puntos de contradicción, así como en lo que atañe a la correlación entre ambos elementos (arts. 221 y 224.3 LRJS)⁹⁴.

7. LOS EXTREMOS A LOS QUE HA DE ALCANZAR LA «EXPOSICIÓN DEL NÚCLEO DE LA CONTRADICCIÓN»

Como se desprende de lo señalado en el anterior epígrafe, el escrito de preparación ha de «exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción» [art. 221.1.a) LRJS]. Además, si las divergencias son varias, debe mostrarlas por separado, así como conectar cada una de ellas con la sentencia o sentencias que mencione como de contraste⁹⁵. Sin embargo, no está obligado a contener una comparación sistemática de los elementos fácticos y jurídicos de las sentencias comparadas; es decir, de los hechos, las pretensiones, los fundamentos y los pronunciamientos que contienen. En palabras de la jurisprudencia social, el escrito de preparación no ha de efectuar «el análisis comparativo de las identidades que constituyen el ámbito propio de la relación precisa y circunstanciada del escrito de interposición»⁹⁶. «Estamos ante un requisito formal, en el que basta que se afirme la contradicción y se exponga el sentido de ésta sin el detalle propio del escrito de interposición del recurso, pues el control de la existencia de la contradicción corresponde a una fase posterior de la admisión del recurso (art. 225.4 y 5 LRJS)»⁹⁷.

En el mismo sentido, AATS, Sala 4.^a, de 6 de julio de 2016 [rcud. núm. 1981/2015], de 16 de junio de 2016 [rec. queja núm. 9/2016] y de 9 de enero de 2013 [rcud. núm. 1403/2012].

⁹³ SSTs, Sala 4.^a, de 1 de octubre de 2019 [rcud. núm. 3071/2018], de 28 de febrero de 2019 [rcud. núm. 2768/2017] y de 19 diciembre de 2017 [rcud. núm. 4254/2015]. Al respecto, *vid.* AA. VV.: *Recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social. Cómo lograr su admisión*, Aranzadi (Navarra), 2015, pp. 85 y 86.

⁹⁴ STS, Sala 4.^a, de 10 de octubre de 2017 [rcud. núm. 3931/2015].

⁹⁵ ATs, Sala 4.^a, de 16 de diciembre de 2008 [rcud. núm. 4091/2007].

⁹⁶ STS, Sala 4.^a, de 31 de enero de 2019, FJ 2.º [rcud. núm. 2540/2016].

⁹⁷ ATs, Sala 4.^a, de 17 de octubre de 2017, FJ 2.º [rec. queja núm. 52/2017]. En la misma dirección, STS, Sala 4.^a, de 26 de septiembre de 2017 [rcud. núm. 3533/2015] y AATS, Sala 4.^a, de 16 de junio 2016 [rec. queja núm. 9/2016], de 16 de junio de 2016 [rec. queja núm. 9/2016] y de 17 de octubre de 2017 [rec.

La menor exhaustividad exigida al escrito de preparación, en comparación con la que el legislador une al de interposición, no puede hacernos pensar que el primero cumple las exigencias legales, entre otros, en aquellos supuestos en los que simplemente afirma que la contradicción existe, sin determinar el alcance y sentido de la divergencia de las sentencias comparadas⁹⁸; en los que señala, de manera genérica y abstracta, que entre las sentencias que menciona concurre una identidad fáctica en cuanto a los fundamentos de derecho aplicables, olvidando concretar en qué puntos o aspectos se produce tal discrepancia⁹⁹; en los que expone el núcleo de la contradicción, sin mencionar las sentencias de contraste, aunque éstas se mencionan en el recurso de suplicación¹⁰⁰; en los que efectúa una cita genérica y amalgamada de artículos (en el caso, art. 44 ET)¹⁰¹; en los que copia literalmente una parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia que invoca como contradictoria¹⁰²; en los que plantea varias cuestiones de debate y cita sentencias, sin efectuar ninguna indicación sobre los hechos concurrentes en las mismas¹⁰³; o, en fin, en los que afirma que se quiere unificar la doctrina de la sentencia recurrida con la contenida en las sentencias que menciona para cada uno de los fines que dice perseguir¹⁰⁴.

Sin embargo, siempre que exponga el núcleo de la contradicción clara y contundentemente, quedará satisfecho el artículo 221.2.a) LRJS, aunque el escrito de preparación desarrolle esa exposición con escasa sistemática¹⁰⁵, o bien sea poco explicativo en cuanto a los hechos de las sentencias comparadas¹⁰⁶. Y, en los supuestos en los que se alegue como doctrina de contraste la conteni-

queja núm. 52/2017]. Por ejemplo, la STS, Sala 4.ª, de 2 de julio de 2013 [rcud. núm. 2597/2012] señala que «puede decirse que la recurrente ha cumplido con los requisitos que exige el art. 221.2.a) (LRJS), en tanto que efectúa una referencia expresa a un núcleo de contradicción: la no aplicación por la Sala de suplicación en su Fundamento de Derecho octavo de la «doctrina del acto formal», lo que se considera contrario a las sentencias que también se alegan; teniendo, además, en cuenta que dicho Fundamento Octavo de la sentencia recurrida es el único» (FJ 2.º). En otra sentencia, el Tribunal Supremo afirma que el segundo motivo del recurso debe ser desestimado, porque (...) la cuestión que plantea (la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por la improcedencia del despido) no figura con la necesaria precisión en el escrito de preparación del recurso, (ya que), cuando resalta lo que denomina «pronunciamientos distintos», en absoluto alude a la determinación de la antigüedad [STS, Sala 4.ª, de 2 de julio de 2013, FJ 2.º (rcud. núm. 2597/2012)].

⁹⁸ AATS, Sala 4.ª, de 10 de enero de 2019 [rec. queja núm. 28/2018] y de 16 de junio de 2016 [rec. queja núm. 9/2016].

⁹⁹ «Para remitirse a esos efectos al análisis de tales extremos ya realizado en relación con la otra sentencia invocada de contraste» [STS, Sala 4.ª, de 31 de enero de 2019, FJ 2.º (rcud. núm. 2540/2016)].

¹⁰⁰ ATS, Sala 4.ª, de 27 de noviembre de 2018 [rec. queja núm. 32/2018].

¹⁰¹ STS, Sala 4.ª, de 1 de marzo de 2018 [rcud. núm. 2394/2016].

¹⁰² STS, Sala 4.ª, de 17 de junio de 2013 [rcud. núm. 2829/2012].

¹⁰³ ATS, Sala 4.ª, de 9 de enero de 2013 [rcud. núm. 1403/2012].

¹⁰⁴ ATS, Sala 4.ª, de 24 de febrero de 2016 [rcud. núm. 1120/2013].

¹⁰⁵ ATS, Sala 4.ª, de 28 de mayo de 2013 [rec. queja núm. 24/2013].

¹⁰⁶ ATS, Sala 4.ª, de 16 de junio de 2016 [rec. queja núm. 9/2016].

da en una sentencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los presupuestos del juicio de contradicción deberán ser interpretados con una mayor flexibilidad que en las sentencias que tradicionalmente se han utilizado a tales efectos¹⁰⁷. Lo que deberá tener un efecto directo sobre el escrito de preparación. De igual modo, ha de tenerse en cuenta que el apartado 4.º del Acuerdo de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo en Pleno no jurisdiccional de 11 de febrero de 2015 ordena que «en los supuestos del artículo 219.2 LRJS, con doctrina de contradicción del TC y órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, TEDH y TJUE, en los casos de infracciones de garantías procesales fundamentales o derechos fundamentales sustantivos, la igualdad sustancial de las situaciones respectivas debe estar referida a la pretensión de tutela del derecho o libertad en el aspecto concreto de que se trate. Con iguales requisitos se examinará la contradicción respecto de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho comunitario».

En el ámbito de las cuestiones de naturaleza procesal, hoy en día, la jurisprudencia social ha dejado a un lado la exigencia de identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias utilizadas como de contraste, con doctrina que recoge el recién citado Acuerdo de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo en Pleno no jurisdiccional de 11 de febrero de 2015. Lo que también debe ser tenido en cuenta, en el momento de elaborar el escrito de preparación. Entre otras, la STS, Sala 4.ª, de 25 de abril de 2019 [rcud. núm. 1735/2017] señala que, en cuestiones de naturaleza procesal, salvo excepciones relativas a la manifiesta falta de jurisdicción, la competencia funcional de la Sala, o la cosa juzgada, es necesario el requisito de la contradicción. Si bien, las identidades del artículo 219.1 LRJS están referidas a la controversia procesal que se haya

¹⁰⁷ En este orden de ideas, el Tribunal Supremo, tras reproducir la literalidad del artículo 219.2 LRJS, declara que «el legislador no ha eximido del requisito de la contradicción cuando se trata de sentencias del TJUE, pero no cabe duda de que, respecto de la misma, se han de aplicar criterios mucho más flexibles ante las mayores dificultades de cotejo, especialmente en el aspecto fáctico (...). Como hemos dicho en nuestra STS de 14 de noviembre de 2014 (dictada en el recurso 1839/2013), en doctrina reiterada por la STS de 20 de enero de 2015 (rec. 740/2014), la finalidad del artículo 219.2 LRJS de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional (...) difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional; y más difícil aún sería si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario» (STS, Sala 4.ª, de 4 de abril de 2017, FJ 2.º [rcud. núm. 3466/2015]). En la misma dirección, STS, Sala 4.ª, de 11 de marzo de 2015 [rcud. núm. 1569/2014] y ATS, Sala 4.ª, de 9 de abril 2013 [rcud. núm. 2221/2012].

planteado, no a los aspectos sustantivos de las sentencias comparadas, salvo en aquellas situaciones en las que la infracción procesal no pueda separarse de la configuración sustantiva de la controversia. A lo anterior, esta resolución judicial añade que «para que pueda apreciarse la identidad en el plano exclusivo de la homogeneidad procesal, es necesario (...) que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o la *ratio decidendi* de las sentencias» (FJ 2.º). De otra parte, recuerda que la jurisprudencia social «ha flexibilizado la exigencia del requisito de la contradicción cuando la cuestión a dilucidar (...) afecta a la competencia funcional del Tribunal de segundo grado para conocer del recurso de suplicación por razón de la materia o de la cuantía, si bien es necesario en todo caso que la parte recurrente cite y aporte sentencia de contraste (...). En esos supuestos la viabilidad del recurso de casación unificadora no está condicionada a la concurrencia de los elementos que configuran la contradicción cuando se trata de infracciones procesales» (FJ 2.º).

Entre otras, la STS, Sala 4.ª, de 4 de mayo de 2017 [rcud. núm. 1201/2015], también con base en el Acuerdo de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo en Pleno no jurisdiccional de 11 de febrero de 2015, declara que «en los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina, o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión» (FJ 2.º). Y, con arreglo al Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de 22 de junio de 2011, recuerda que «en los casos en que se cuestione la competencia funcional es necesario que la parte recurrente cite y aporte la sentencia de contraste, aunque no sea precisa la contradicción» (FJ 2.º). Por su parte, la STS, Sala 4.ª, de 16 de enero de 2018 [rcud. núm. 3876/2015] niega la necesidad de apreciar la contradicción, cuando se cuestiona la competencia internacional de los órganos judiciales españoles.

También requieren una mención especial aquellas situaciones en las que entran en juego sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo en instancia procedimientos de conflicto colectivo. En su día, la Sala 4.ª del Tribunal Supremo negó la posibilidad de considerar estas sentencias idóneas a los fines de la casación unificadora¹⁰⁸. Pero el contenido del artículo 160.5 LRJS le ha llevado a dar un giro en su doctrina; y, desde que elaborara la STS, Sala 4.ª, de 16 de junio de 2015 [rcud. núm. 608/2014], señala que, en las situaciones en las que «una sentencia firme de conflicto colectivo despliega efectos de cosa juzgada sobre la pretensión que es objeto del litigio individual, debe apreciarse de oficio tales efectos y no es necesario ana-

¹⁰⁸ Por todas, STS, Sala 4.ª, de 1 de junio de 2011 [rcud. núm. 3069/2006].

lizar la concurrencia de los requisitos legales que configuran la contradicción a los efectos de acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, sino que debe prevalecer la garantía de la seguridad jurídica que obliga a la aplicación en los pleitos individuales de lo resuelto sobre ese mismo particular en las sentencias firmes de conflicto colectivo cuando el contenido de la pretensión ejercitada en ambos procesos es del todo coincidente»¹⁰⁹. «No se trata de unificar doctrinas contrapuestas, sino de imponer la llamada santidad de la cosa juzgada. (Por ello), el único requisito que la norma establece para que la sentencia colectiva sea admitida en los recursos de casación unificadora que se interpongan en procesos individuales (es) que el objeto de ambos procesos sea idéntico o tenga relación de directa conexidad con él, esto es el mismo que el artículo 222 de la LEC (...) establece para apreciar la existencia de cosa juzgada»¹¹⁰.

8. LAS SENTENCIAS QUE PUEDEN UTILIZARSE PARA FUNDAMENTAR LA CONTRADICCIÓN

Siguiendo la línea de su precedente normativo, el apartado primero del artículo 219 LRJS permite que el escrito de preparación utilice como sentencias de contraste las dictadas por la Sala 4.^a de los Tribunales Superiores de Justicia, así como las procedentes de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo. En cambio, no son idóneas las sentencias dictadas por un orden jurisdiccional distinto del social, como, por ejemplo, el contencioso-administrativo¹¹¹.

Por otro lado, el apartado segundo del artículo 219 LRJS da forma a un recurso por infracción de la doctrina de los tribunales en los que tienen origen las sentencias que menciona. En su virtud, como se desprende de lo señalado en anteriores epígrafes, existe la posibilidad de utilizar como de contraste sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, por los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho comunitario. Al abrir esta posibilidad, la LRJS se aparta del criterio que venía defen-

¹⁰⁹ STS, Sala 4.^a, de 16 de octubre de 2018, FJ 2.º [rcud. núm. 2117/2017]. Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2019), «Alcance de la doctrina de la exención de contradicción en la casación unificadora por el juego de la cosa juzgada colectiva (despido colectivo/reclamación individual de cesión ilegal). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 907/2018, de 16 de octubre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 435, pp. 160-169.

¹¹⁰ STS, Sala 4.^a, de 16 de junio de 2015, FJ 2.º [rcud. núm. 608/2014].

¹¹¹ STS, Sala 4.^a, de 17 de mayo de 2018 [rcud. núm. 3598/2016].

diendo la jurisprudencia social antes de su entrada en vigor y que excluía las sentencias a las que se refiere el apartado segundo de su artículo 219 del conjunto de aquellas que podían utilizarse para fundamentar la contradicción. En este orden de ideas, argumentaba que los órganos de las que proceden estas sentencias no se encuentran en el ámbito de la función unificadora de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, que solo puede desarrollarse sobre los órganos judiciales que se sitúan en su misma esfera jerárquica ¹¹². Idéntica línea interpretativa mantuvo el Tribunal Constitucional, respecto a sus sentencias ¹¹³.

Con este cambio normativo, el legislador ha dado una respuesta a la vinculación que poseen los órganos jurisdiccionales españoles a la doctrina contenida en las sentencias que novedosamente pueden ser aportadas como de contraste (art. 5.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y arts. 10.2 y 96.1 Constitución). Y, asimismo, a una realidad en la que esa doctrina «ha cobrado un notable protagonismo en algunas parcelas de lo social, hasta el punto de contradecir criterios interpretativos de la jurisdicción social ordinaria, obligando a rectificar doctrinas en muchos casos consolidadas» ¹¹⁴. Además, el giro normativo llevado a cabo por la LRJS puede contribuir a reducir la carga de trabajo del Tribunal Constitucional.

En cualquier caso, procedan del órgano del que procedan, las resoluciones aportadas como de contraste deben ser sentencias. En particular, el ATS, Sala 4.^a, de 8 de mayo de 2018 [rec. queja núm. 5/2018] señala que no se pueden aportar autos, porque no está legalmente previsto y la jurisprudencia social no ha realizado una interpretación de la normativa vigente que establezca una excepción que actúe en esa dirección. De otra parte, el ATS, Sala 4.^a, de 11 de octubre de 2017 [rcud. núm. 1559/2017], partiendo de que solo pueden utilizarse las sentencias enumeradas en el artículo 219 LRJS, declara que no es posible aportar una decisión del Comité Europeo de Derecho Sociales. Y, de igual modo, precisa que, en el ámbito del Consejo de Europa, solo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pertenece a la categoría de órgano jurisdiccional instituido en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España.

Por otro lado, las sentencias invocadas como de contraste deben haber ganado firmeza en la fecha en la que finalice el plazo para interponer el recur-

¹¹² Por todos, ATS, Sala 4.^a, de 12 de enero de 1999 [rec. queja núm. 3040/1998].

¹¹³ Por todas, STC 39/1998, de 17 de febrero.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2019), «Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sentencias de contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 (rec. 2259/2017)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 435, pp. 154-155.

so (arts. 221.3 y 224.3 LRJS)¹¹⁵. La falta de firmeza hace que la doctrina contenida en una sentencia pueda ser alterada, al dar respuesta al recurso que, en su caso, se encuentre pendiente; y su utilización abriría la puerta a la posibilidad de que, en este estadio procesal, se dictaran sentencias contrarias o no coincidentes entre sí, en manifiesta contraposición a los objetivos y finalidades del recurso de casación para la unificación de doctrina¹¹⁶. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, la jurisprudencia social mantenía que la firmeza de las sentencias aportadas como de contraste debía alcanzarse antes de publicarse la sentencia recurrida; de manera que el plazo dentro del que las primeras debían convertirse en firmes era menor que el actual. Con la ampliación de este plazo, siguiendo las palabras de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, se pretende dar una respuesta más adecuada a la seguridad jurídica, evitando, «la pervivencia de resoluciones contradictorias, (...) en especial (,) en los frecuentes supuestos (afectantes, en muchas ocasiones, a los diversos trabajadores de una misma empresa en identidad de situación y pretensiones y con procedimientos no acumulados) en los que puede haber asuntos iguales resueltos contradictoriamente en fechas muy cercanas»¹¹⁷.

De igual forma, al determinar la incidencia que los mandatos del artículo 45.1 LRJS posee sobre la firmeza de las sentencias, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha declarado que «a los exclusivos efectos de la exigencia del recurso de casación unificadora consistente en que la sentencia de contraste deba ser firme en la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso, deben ser calificadas como idóneas no solamente las sentencias de contraste que alcancen firmeza hasta el mismo momento de la finalización del plazo de interposición del recurso de casación unificadora, sino además todas aquellas otras cuya firmeza se alcance hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición del recurso» (FJ 3.º)¹¹⁸. En todo caso, también es preciso tener en cuenta que la STS, Sala 4.^a, de 20 de diciembre de 2018 [rcud. núm. 3288/2017] acota, con mayor precisión, el plazo dentro del que han de alcanzar firmeza las sentencias aportadas como de contraste, puesto que afirma que son inadecuadas aquellas que no son firmes cuando se presenta el escrito de interposición del recurso.

¹¹⁵ Aunque lo cuestionado sea la falta de competencia (STS, Sala 4.^a, de 5 de junio de 2018 [rcud. núm. 3839/2016]).

¹¹⁶ STS, Sala 4.^a, de 31 de enero de 2019 [rcud. núm. 2540/2016], y ATS, Sala 4.^a, de 15 de diciembre de 2014 [rcud. núm. 1950/2013] y de 10 de septiembre de 2014 [rcud. núm. 150/2014].

¹¹⁷ STS, Sala 4.^a, de 5 de febrero de 2013, FJ 2.º [rcud. núm. 956/2012].

¹¹⁸ STS, Sala 4.^a, de 5 de febrero de 2013, FJ 3.º [rcud. núm. 956/2012].

Por lo demás, una sentencia firme sirve a los fines de contradicción, a pesar de que sus efectos hayan sido sustituidos por lo acordado por las partes en una transacción, porque un acuerdo de este tipo es incapaz de anular o de revocar la doctrina contenida en esa sentencia¹¹⁹. Sin embargo, no es válida una sentencia que no alberga «doctrina viva» debido a que ha sido casada y anulada totalmente¹²⁰, ni aquella otra que no entra en el fondo del asunto, en tanto en cuanto no contendrá doctrina contrapuesta a la contenida en la sentencia recurrida¹²¹. Además, el artículo 221.4 LRJS preceptúa que «las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición»¹²². Y, aunque la ley no señala ni limita el número de sentencias a las que puede hacer referencia el escrito de preparación, para evitar que la parte recurrida y/o el órgano judicial se vean obligados a individualizar la sentencias o sentencias que corresponden a cada uno de los puntos de contradicción, el escrito de interposición se encuentra vinculado normativamente a la exigencia de que solo puede invocar «una sentencia por cada punto de contradicción, que deberá elegirse necesariamente de entre las designadas en el escrito de preparación» (art. 224.2 LRJS). Con estos mandatos, el legislador hace suyo el criterio que venía defendiendo la jurisprudencia constitucional y ordinaria antes de la entrada en vigor de la LRJS¹²³.

En definitiva, como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia social exige que exista una correspondencia entre el escrito de preparación y el de interposición, respecto a las sentencias utilizadas como de contraste y a los puntos de contradicción, así como en lo que atañe a la correlación entre ambos elementos. Lo que significa que el escrito de preparación deberá contener los datos necesarios para determinar qué concreta sentencia corresponde a cada punto de contradicción. Y, dada esta conexión que la individualización de las sentencias de contraste posee con la exposición de la contradicción, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo mantiene que, si el escrito de preparación no expone cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, tampoco

¹¹⁹ STS, Sala 4.^a, de 23 de octubre de 2008 [rcud. núm. 1281/2007].

¹²⁰ STS, Sala 4.^a, de 19 de diciembre de 2017 [rcud. núm. 30/2017].

¹²¹ STS, Sala 4.^a, de 19 de diciembre de 2018 [rcud. núm. 4195/2016].

¹²² STS, Sala 4.^a, de 15 de enero de 2019 [rcud. núm. 4185/2016].

¹²³ Al respecto, *vid.* ATS, Sala 4.^a, de 7 de junio de 2012 [rec. queja núm. 18/2012] y STS, Sala 4.^a, de 7 de junio de 2007 [rcud. núm. 191/2006]. En su día, también se señaló que «cuando la parte recurrente propone varias sentencias, y pese al requerimiento que se le hace, para que elija alguna de ellas, por ser suficiente una por punto de contradicción, guarda silencio, ha de estarse a la más moderna de todas las enunciadas» (STS, Sala 4.^a, de 17 de julio de 2000, FJ 2.^o [rcud. núm. 138/1999], con cita, entre otras, de la STC 89/1998, de 20 mayo).

podrán valorarse las sentencias a las que haga referencia, aunque se nombren posteriormente en el escrito de interposición de recurso ¹²⁴. Asimismo, entre otros extremos, señala que no es correcto alegar una sentencia del Tribunal Constitucional en el escrito de interposición del recurso, si no se ha citado previamente en el de preparación ¹²⁵; que es incorrecto que el escrito de preparación cite una sentencia y que el posterior escrito de interposición no la invoque como contradictoria, sino como sentencia que se pronuncia en el mismo sentido que otra que sí cita como contradictoria y que no era firme cuando se presentó el escrito de interposición del recurso ¹²⁶; o, en fin, que no son idóneas las sentencias citadas en el escrito de preparación a efectos de jurisprudencia, pero no de contraste ¹²⁷.

9. LA IDENTIFICACIÓN Y LA CERTIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS APORTADAS PARA FUNDAMENTAR LA CONTRADICCIÓN

Ya sabemos que el escrito de preparación, además de exponer el núcleo de la contradicción, ha de «hacer referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción» [art. 221.2.b) LRJS]. La jurisprudencia social recuerda que «el incumplimiento de tales requisitos constituye un defecto procesal insubsanable (,) una omisión injustificada imputable a quien prepara el recurso en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad del procedimiento al retrasar también de forma injustificada la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable. Hay que señalar además que sobre tal interpretación se pronunció el Tribunal Constitucional, declarando (...) que este criterio no (es) contrario al artículo 24 de la Constitución (...), sino más bien impecable desde el punto de vista constitucional y legal» ¹²⁸.

¹²⁴ SSTS, Sala 4.^a, de 10 de octubre de 2017 [rcud. núm. 3931/2015] y de 17 de junio de 2013 [rcud. núm. 2829/2012].

¹²⁵ STS, Sala 4.^a, de 23 de abril de 2018 [rcud. núm. 2323/2016].

¹²⁶ STS, Sala 4.^a, de 20 de diciembre de 2018 [rcud. núm. 3288/2017].

¹²⁷ STS, Sala 4.^a, de 15 de enero de 2019 [rcud. núm. 2735/2016].

¹²⁸ STS, Sala 4.^a, de 31 de enero de 2019, FJ 2.º [rcud. núm.: 2540/2016]. En la misma dirección, AATS, Sala 4.^a, de 7 de marzo de 2017 [rec. queja núm. 44/2016], de 16 de junio de 2016 [rec. queja núm. 9/2016] y de 9 de enero de 2013 [rcud. núm. 1403/2012].

Por otra parte, la jurisprudencia social mantiene que la identificación de una sentencia será correcta, si el escrito de preparación contiene la fecha de la sentencia, el número de recurso y/o el número de procedimiento¹²⁹. En alguna ocasión, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha aceptado la posibilidad de que el escrito de preparación recoja la fecha de la sentencia, su ponente, el número de recurso y el número de Aranzadi¹³⁰. En cambio, ha rechazado la simple cita de la fecha de la sentencia¹³¹ y «una remisión genérica a sentencias obrantes en autos o dimanantes de determinado Tribunal»¹³². No obstante, dado que lo importante es que no exista duda alguna de la sentencia que se desea utilizar como de contraste, indica que el escrito de preparación será correcto, a pesar de que no incluya los datos que normalmente sirven a tal fin, si las circunstancias concurrentes en el caso dejan perfectamente identificada la sentencia de que se trate.

Una particular importancia posee el ATS, Sala 4.^a, de 23 de enero de 2017 [rcud. núm. 2762/2016]. En primer lugar, afirma que una sentencia del Tribunal Constitucional puede ser identificada mediante su número y año. En segundo lugar, lo que es especialmente delatador del criterio que se ha de seguir en la práctica, admite que una sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo se individualice haciendo referencia a su fecha, aun sin precisar el número del recurso, en un supuesto en el que el escrito de preparación reprodujo parcialmente su contenido y en el que, en la base oficial de datos, existía una sola sentencia de esa Sala y de esa fecha que contenía dicho texto. Y, en tercer lugar, admite que la identificación de una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia se realice, haciendo mención a su número, al año, al día y al mes en el que se ha dictado, sumado a la transcripción de parte de su contenido. En su día, el ATS, Sala 4.^a, de 15 de julio de 1993 [rcud. núm. 1760/1993] entendió correctamente identificada una sentencia, a pesar de que el escrito de preparación omitía su fecha, con fundamento en que señalaba el órgano judicial del que procedía «y, además, y, sobre todo, se adjunta(ba) copia de tal Sentencia (...), coincidiendo plenamente los hechos de la misma con los que se relata(ban), como propios de ella, en el comentado escrito» (FJ 1.º).

¹²⁹ AATS, Sala 4.^a, de 21 de junio de 2017 [rcud. núm. 3341/2016] y de 6 de julio de 2016 [rcud. núm. 1981/2015].

¹³⁰ ATS, Sala 4.^a, de 15 de julio de 1997 [rcud. núm. 211/199].

¹³¹ ATS, Sala 4.^a, de 16 de diciembre de 2010 [rcud. núm. 2629/2010].

¹³² ATS, Sala 4.^a, de 6 de julio de 2016 [rcud. núm. 1981/2015]. En particular, el ATS, Sala 4.^a, de 18 de julio de 2019 [rcud. núm. 2897/2018] declara que «la parte recurrente no identificó correctamente la sentencia de contraste en el escrito de interposición del recurso, en tanto que solo citó el órgano judicial de procedencia, sin indicar la fecha ni el número de recurso, siendo además el órgano judicial señalado distinto del aludido al preparar el recurso» (FJ Único).

En la fase de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia o sentencias de contraste y su firmeza pueden acreditarse a través de una certificación, aunque es factible dejar el desarrollo de esta labor para la fase de interposición del recurso. En esta dirección, el artículo 224.4 LRJS dispone que, «con el escrito de interposición, de no haberse aportado con anterioridad, podrá hacerse aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias, acreditando su firmeza en la fecha de expiración del plazo de interposición, o con certificación posterior de que ganó firmeza dentro de dicho plazo la sentencia anteriormente aportada. Si la parte recurrente no aporta la certificación de la sentencia y de su firmeza en tiempo oportuno se reclamará de oficio por la secretaría de la Sala».

Siguiendo las palabras del Tribunal Supremo, «tanto la literalidad de la norma (art. 224.4 LRJS), como su comparación con su precedente normativo, (ponen de manifiesto que) la aportación del ejemplar certificado de la sentencia de contraste, (a día de hoy), ha dejado de ser carga procesal del recurrente y ha pasado a ser simple posibilidad facultativa (...) que si no fuese llevada a cabo por el recurrente debe ser necesariamente suplida por la Secretaría de la Sala, sin necesidad de que la parte haga alegación alguna sobre posibles dificultades en la obtención de tales certificados. Secretaría que si bien habría de ser la de Sala de suplicación ante la que se interpone el recurso (art. 223.1 LRJS), lo cierto es que (,) recibidos los autos en el Tribunal Supremo (,) la actuación ha de ser llevada a cabo ya por la correspondiente a esta Sala IV»¹³³. Téngase en cuenta que, bajo la vigencia de la derogada LPL de 1995, en el supuesto de que no se llevara a cabo la aportación certificada de las sentencias de contraste por el recurrente y éste no subsanara la situación en el momento oportuno, decaía el recurso de casación para la unificación de doctrina (arts. 222 y 223 LPL de 1995).

Por otro lado, la jurisprudencia social mantiene que el error en la certificación de la firmeza de una sentencia cometido por el tribunal que la dictó impedirá que la preparación del recurso pueda considerarse correctamente realizada, debiendo declararse la nulidad de actuaciones y dar a la parte recurrente la posibilidad de presentar un nuevo escrito de preparación en el que alegue la nueva o nuevas sentencias de contraste¹³⁴. Y ello, salvo que de la valoración de las circunstancias concurrentes se desprenda que no es necesaria la nulidad de actuaciones. Así, el ATS, Sala 4.^a, de 9 de mayo de 2019 [rcud. núm. 2423/2018]

¹³³ ATS, Sala 4.^a, de 16 de septiembre de 2013, FJ Único [rcud. núm. 536/2013].

¹³⁴ AATS, Sala 4.^a, de 9 de diciembre de 2015 [rcud. núm. 513/2015] y de 12 de mayo de 2015 [incid. nulidad núm. 126/2014].

precisa que, «teniendo en cuenta que ha sido el propio órgano judicial que dictó aquella sentencia (quien ha emitido) el certificado de firmeza de una resolución que no lo era en la fecha de interposición del recurso, debemos dar por subsanado ese trámite sin necesidad de acordar la nulidad de actuaciones y su reposición a la fecha anterior en el que se libró aquella certificación, una vez que la sentencia (...) de contraste ha ganado ya firmeza antes de que nos hayamos pronunciado sobre la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que hace innecesario dilatar el proceso para el cumplimiento de una simple formalidad que ahora carece de cualquier efecto útil» (FJ Único).

10. LOS SUJETOS OBLIGADOS A EFECTUAR EL DEPÓSITO Y EL ASEGURAMIENTO DE LA CONDENA. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN

Dentro del conjunto de disposiciones comunes a los recursos de suplicación y de casación, la ley de ritos laboral ordena que la parte que prepara un recurso ha de efectuar un depósito que, en casación para la unificación de doctrina, es de seiscientos euros (art. 229.1 LRJS). Asimismo, si la sentencia impugnada condena al pago de cantidad, el recurrente se encuentra obligado a acreditar que ha consignado o asegurado esa cantidad (art. 230.1 LRJS). En principio, deberá acompañar al escrito de preparación la acreditación de que ha efectuado el depósito y la consignación o el aseguramiento. No obstante, también le está permitido aportar estas acreditaciones, dentro del plazo previsto para preparar el recurso (art. 230.3 LRJS)¹³⁵. Incluso, la STS, Sala 4.^a, de 12 de septiembre de 2018 [rcud. núm. 607/2017], aplicando el artículo 45.1 LRJS, mantiene que es factible que el depósito y/o la consignación o el aseguramiento se realicen y/o acrediten en las primeras quince horas del día posterior al último del plazo habilitado al efecto, puesto que todos son requisitos imprescindibles, pero accesorios, de la presentación del escrito de preparación.

Cuando la condena haya sido impuesta en la instancia por el Juzgado de lo Social, la consignación o el aseguramiento se habrá realizado en relación con la interposición del recurso de suplicación; y, en consecuencia, en casación para la unificación de doctrina, no será necesario volver a realizarla/o, aunque sí acreditar su realización previa (art. 230.1 LRJS). Lo que significa que solo si la condena se ha impuesto por primera vez en la sentencia de supli-

¹³⁵ STS, Sala 4.^a, de 1 de octubre de 2002 [rcud. núm. 1309/2001].

cación o se ha incrementado en la misma su cuantía, resultará exigible la consignación o el aseguramiento de su totalidad o, en su caso, de la diferencia entre la condena inicial y la establecida en suplicación. Cualquiera de estas circunstancias se deberá advertir en el escrito de preparación del recurso, para evitar malentendidos futuros.

Por otro lado, la ley exige a determinados sujetos de las obligaciones de depositar, de consignar o de asegurar la condena. En particular, están exentos el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica, los órganos constitucionales, los sindicatos y quienes tienen reconocido el beneficio de justicia gratuita (arts. 229.4 y 230.1 LRJS, en relación con el art. 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas). Al respecto, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha precisado que la justicia gratuita afecta, de un lado, a los sujetos que la tienen reconocido *ex lege* -en principio, aunque, ya hemos visto, que no solo, los trabajadores y los beneficiarios de la Seguridad Social-; y, de otro lado, a quienes han acreditado insuficiencia de recursos para litigar, que pueden ser, incluso, los empresarios¹³⁶. El Alto Tribunal también ha indicado que están exentos las personas que litigan en concepto de trabajador, aunque la sentencia les niegue esa condición¹³⁷; y que la exención *ex lege* que corresponde a los sindicatos está condicionada a que éstos ejerciten un interés colectivo, no pudiendo ampararse en ella, si actúan como empleadores¹³⁸.

Para atender a los casos en los que existe una condena solidaria, el artículo 230.1 LRJS prevé que «la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos». No obstante, antes de la publicación de la LRJS, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ya señalaba que, cuando no se discute la solidaridad de la condena, sino la realidad o la cuantía de la deuda, basta con la consignación o el aseguramiento efectuado por uno de los condenados solidariamente; mientras que cuando se discute esa solidaridad, es necesario que cada uno de ellos efectúe la consignación o el aseguramiento. En este orden de ideas, destaca

¹³⁶ ATS, Sala 4.^a, de 18 de abril de 2017 [rec. queja núm. 59/2016].

¹³⁷ STS, Sala 4.^a, de 4 de diciembre de 2013 [rcud. núm. 2673/2012].

¹³⁸ STS, Sala 4.^a, de 4 de diciembre de 2018 [rcud. núm. 4553/2017].

que los efectos de la solidaridad operan, si la declaración de solidaridad es firme, como sucede si no se impugna; y, en cambio, que tales efectos no están presentes, si la solidaridad queda *sub iudice* porque ha sido atacada. En este último caso, «el riesgo de una única consignación (o aseguramiento) de los condenados solidarios estriba en que, si el recurso de quien ha depositado o afianzado es estimado, habrán de serle levantado el aval establecido respecto de él, con lo que quedará sin caución la obligación de los restantes obligados»¹³⁹.

Al objeto de dar respuesta a aquellas situaciones en las que existen irregularidades, el artículo 230.5 LRJS atribuye la naturaleza de defecto subsanable al «defecto, omisión o error en la constitución del depósito o en la justificación documental del mismo» (apartado c), así como a «la insuficiencia de la consignación o del aseguramiento efectuados, incluidas las especialidades en materia de Seguridad Social» (apartado a) y, de igual modo, a la «falta de aportación, en el momento (de la) preparación del recurso, de los justificantes de la consignación o del aseguramiento, siempre que el requisito se hubiera cumplimentado dentro del plazo de (...) preparación» (apartado b). De manera que, si a pesar de existir consignación o aseguramiento, concurre cualquiera de estas circunstancias, el correspondiente defecto será subsanable ex artículo 230.5 LRJS¹⁴⁰. En particular, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha considerado subsanables la presentación de una certificación claramente incompleta respecto a la cantidad de una prestación¹⁴¹; la existencia de un aval de duración determinada y no indefinida¹⁴²; y, entre otras irregularidades, la consignación del importe de la condena en una cuenta incorrecta, en un supuesto en el que la sentencia impugnada no señalaba de forma clara los datos del número de cuenta en la que debía efectuarse el ingreso¹⁴³.

Sin embargo, el legislador atribuye a la total ausencia de consignación o de aseguramiento en la forma prevista por el legislador la naturaleza de defecto insubsanable (art. 230.4 LRJS). No obstante, la jurisprudencia social afirma que la exigencia de consignación o aseguramiento ha de interpretarse con criterios de flexibilidad y proporción, pudiendo quedar excepcionada, «en determinados supuestos, muy contados y limitados, en los que, por las muy particulares circunstancias en ellos concurrentes, de no admitirse la subsanación de la falta de consignación, se vulneraría claramente el artículo 24.1 de la Constitu-

¹³⁹ STS, Sala 4.^a, de 5 de junio de 2000, FJ 5.º [rcud. núm. 2469/1999].

¹⁴⁰ ATS, Sala 4.^a, de 3 de noviembre de 2015 [rec. queja núm. 25/2015].

¹⁴¹ ATS, Sala 4.^a, de 10 de marzo de 2017 [rcud. núm. 2530/2015].

¹⁴² ATS, Sala 4.^a, de 3 de noviembre de 2015 [rec. queja núm. 25/2015].

¹⁴³ ATS, Sala 4.^a, de 1 de febrero de 2016 [rec. queja núm. 37/2015]. Al respecto, debe tenerse en cuenta el artículo 8.5 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores.

ción, (como sucede, por ejemplo, cuando) el fallo de la sentencia (...) adolece de una acusada imprecisión en lo que se refiere a la cantidad a que asciende la cantidad objeto de la condena que en él se impone»¹⁴⁴.

11. LOS TIPOS DE ASEGURAMIENTO DE LA CONDENA

La jurisprudencia constitucional y ordinaria han rechazado la posibilidad de acudir a otros medios de aseguramiento del cumplimiento de la condena distintos de los previstos en el artículo 230.1 LRJS, que son la consignación y el aval. Y ello, salvo en casos límites y excepcionales en los que existe una dificultad extrema, casi insalvable, de dar cumplimiento a los mandatos del legislador; y en los que, adicionalmente, el medio utilizado por el recurrente sirve para satisfacer los objetivos a los que tienden la consignación y el aval. Estos fines son posibilitar la ejecución provisional y asegurar la ejecución definitiva, así como evitar el planteamiento de recursos dilatorios destinados a retrasar el desembolso de cantidades por quien está obligado a pagarlas¹⁴⁵.

En particular, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de utilizar una garantía hipotecaria, en un supuesto en el que el empresario se encontraba en situación de quiebra –hoy en día, concurso de acreedores–, la cuantía de la condena era muy elevada y, además, quedó acreditada la imposibilidad de obtener un aval bancario¹⁴⁶. Sin embargo, ateniendo a la circunstancias concurrentes y/o a que el medio elegido no servía adecuadamente para satisfacer las finalidades a las que tiende la consignación y el aval, ha rechazado una hipoteca mobiliaria unilateral¹⁴⁷, una hipoteca inmobiliaria unilateral¹⁴⁸ y el mero reconocimiento por los administradores concursales de que, en el marco de un concurso, las cantidades a que había sido condenada la entidad recurrente constituían créditos contingentes sin cuantía propia con la calificación de ordinarios¹⁴⁹. La Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha considerado inadecuado, entre otros, un ofrecimiento de un bien inmueble acompañado de su tasación¹⁵⁰.

¹⁴⁴ STS, Sala 4.^a, de 1 de marzo de 2011, FJ 4.^o [rcud. núm. 1357/2010], con cita, entre otras, de la SSTC 173/1993, de 27 de mayo, y 343/1993, de 22 de noviembre.

¹⁴⁵ Por todas, STC 173/2016, de 7 de octubre.

¹⁴⁶ STC 30/1994, de 27 de enero.

¹⁴⁷ STC 64/2000, de 13 de marzo.

¹⁴⁸ STC 173/2016, de 17 de octubre.

¹⁴⁹ STC 166/2016, de 6 de octubre.

¹⁵⁰ ATS, Sala 4.^a, de 3 de febrero de 2004 [rec. queja núm. 60/2003].

De otra parte, en materia de Seguridad Social, el legislador ha establecido reglas especiales. Cabe destacar que, si se trata de prestaciones de la Seguridad Social a cargo de empresas o mutuas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 230.2 LRJS, la parte condenada que pretenda recurrir deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que hayan sido condenada, así como presentar en la oficina judicial el oportuno resguardo. La Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha declarado que este mecanismo no es «en puridad (...) un verdadero depósito, sino (el) cumplimiento de un trámite económico-actuarial con un contenido y finalidad específicos; (a saber, que la parte que) ha obtenido por sentencia el derecho al percibo de una pensión, pueda empezar a cobrarla y se le mantenga al menos durante la sustanciación del recurso, tutelando así los intereses del pensionista, la parte más débil en la relación de aseguramiento prestacional»¹⁵¹.

En el supuesto de que la sentencia condene a una Entidad Gestora de la Seguridad Social, el artículo 230.2 LRJS ordena que ésta deberá aportar una certificación acreditativa de que comienza el abono de la correspondiente prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, hasta el límite de su responsabilidad, salvo en prestaciones de pago único o correspondientes a un período ya agotado en el momento del anuncio. Al respecto, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que el cumplimiento de esta obligación resulta exigible, tanto en los casos en los que la sentencia impugnada reconoce el derecho a una prestación, como en aquellos otros en los que, estando ya reconocido ese derecho, dicha sentencia establece la condena a abonar la diferencia entre la cantidad pagada y la que realmente se debe abonar¹⁵². Y, asimismo, ha rechazado la posibilidad de que una Entidad Gestora presente la certificación de que comienza el pago de una prestación, pero, en la práctica, no lo realice¹⁵³.

La exigencia de aseguramiento en los recursos frente a sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo se encuentra directamente vinculada a la posibilidad de que estas sentencias puedan ser ejecutadas provisional y definitivamente. Ello se desprende, entre otras resoluciones, del ATS, Sala 4.^a, de 2 de octubre de 2019 [rec. queja núm. 5/2019], que, para basar su respuesta, acude a un elevado número de pronunciamientos anteriores que dan cuerpo a la doctrina de la jurisprudencia social. Por ejemplo, trae a colocación el ATS, Sala 4.^a, de 4 de octubre de 2017 [rec. queja núm. 21/2017], que negó la nece-

¹⁵¹ STS, Sala 4.^a, de 20 de septiembre de 2004, FJ 3.º [rcud. núm. 3405/2003].

¹⁵² STS, Sala 4.^a, de 24 de octubre de 2006 [rcud. núm. 4453/2004].

¹⁵³ ATS, Sala 4.^a, de 15 de diciembre de 2016 [rcud. núm. 1230/2016].

sidad de consignar la condena, en un caso en el que la sentencia impugnada no podía ser objeto de ejecución inmediata, porque no concretaba el número de trabajadores afectados ni las cuantías debidas. También cita el ATS, Sala 4.^a, de 18 de octubre de 2017 [rec. queja núm. 9/2017], que llegó a la misma solución que el anterior, en un supuesto en el que la sentencia no era susceptible de ejecución provisional, porque tampoco concretaba el número de trabajadores afectados ni las cuantías debidas.

Literalmente, el ATS, Sala 4.^a, de 2 de octubre 2019 [rec. queja núm. 5/2019] recuerda que «es necesario que (...) el fallo condenatorio contenga los elementos que permitan identificar a los trabajadores afectados (datos), los que permiten identificar a éstos con la pretensión (requisitos) y aquellos que dentro del colectivo genérico de trabajadores pueda diferenciar a unos de otros (características)» (FJ 3.º). Y, trayendo a colación la doctrina contenida en la STS, Sala 4.^a, de 27 de septiembre de 2018 [rcud. núm. 44/2018], declara que «el deber de consignar (...) en las sentencias colectivas de condena no significa que todas las pretensiones de condena estén sometidas a ese requisito ya que no siempre, ni en todo caso, nos encontraremos ante una condena que, alcanzada la firmeza de la sentencia, pueda ser cumplida o ejecutada inmediatamente tomando a tal fin y sin más la cantidad consignada (...). Puede que la condena deba someterse a los trámites de ejecución (del art. 247 LRJS), durante los cuales deberán perfilarse los sujetos beneficiados por la ejecución y los términos de la misma, de manera que no podría hablarse de una ejecución inmediata que pudiera tener por cumplida la condena con la simple puesta a disposición de los acreedores de las cantidades consignadas. (Si la sentencia) no goza de esa inmediatez en su cumplimiento efectivo (,) la finalidad que se persigue con la consignación (...) no se vería (satisfecha). La exigencia del (art. 230 LRJS) no se cumple con la consignación de una cantidad aproximada, sino con la de la cuantía exacta de la condena» (FJ 4.º).

Por otro lado, tras la modificación que introdujo el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, confirmada por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, el artículo 247 LRJS incluye, entre las sentencias ejecutables definitivamente, a las sentencias que declaran nulo un despido colectivo. La STS, Sala 4.^a, de 20 de mayo de 2015 [rcas. núm.: 179/2014] deduce de este mandato la necesidad de asegurar los salarios de trámite y destaca que, «a diferencia de las demandas de conflicto colectivo con pretensión de condena –con lo variadas que pueden ser–, las de despido colectivo con petición de nulidad (...) presentan un contenido de condena directamente identificable en cuanto a los sujetos, fácilmente determinable en su cuantía y cuyos elementos clave son factores manejados por la empresa y los representantes de los trabajadores desde el primer mo-

mento de la negociación ordenada por la ley» (FJ 3.º). Y, distanciándose de lo que hace en relación a las sentencias de procesos de conflicto colectivo, añade que a ello no obsta la dificultad para llevar a cabo la ejecución individual, porque el propio artículo 247 LRJS «regula un proceso incidental para la ejecución que pone de manifiesto (...) que la ejecutada tiene la obligación de que (,) en el plazo de un mes, que podrá prorrogarse por otro mes cuando la complejidad del asunto lo exija, en relación a cada uno de los trabajadores en cuya representación se inste la ejecución, cuantifique individualizadamente la deuda y proponga, en su caso, una fórmula de pago» (FJ 3.º)¹⁵⁴.

Por su parte, la STC 176/2016, de 17 de octubre, se muestra conforme con exigir la consignación o el aseguramiento, cuando nos situamos ante una sentencia de despido declarado improcedente, si el empresario opta por la readmisión, porque cabe que ésta «no se lleve a cabo o se realice de forma irregular; (y) en tal caso la Ley prevé el abono de la correspondiente indemnización. Siendo esto así, resulta claro que el depósito del importe de la indemnización cumple una función cautelar en orden a la ejecución de la Sentencia. (Sin embargo), cuando el empresario opta por el pago de la indemnización, exigir la consignación de salarios de tramitación (...) no constituye una medida cautelar para garantizar esa ejecución» (FJ 3.º).

12. LA RESOLUCIÓN SOBRE LA PREPARACIÓN DEL RECURSO

La Sala 4.ª del Tribunal Superior de Justicia competente debe comprobar, si la preparación del recurso se ha realizado conforme a lo establecido por el legislador. A diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia de la derogada LPL de 1995, que remitía a lo previsto para la casación ordinaria, hoy en día, el artículo 222 LRJS contiene las reglas que se han de aplicar específicamente en el ámbito de la casación unificadora, aunque son parcialmente coincidentes con las que se venían articulando con anterioridad.

En primer lugar, en el supuesto de que el Letrado de la Administración de Justicia afirme que existen defectos subsanables, advertirá a la parte recurrente de que, en el plazo de cinco días, deberá proceder a su subsanación (arts. 222.1 y 230.5 LRJS). En este orden de ideas, cabe recordar que son subsanables el defecto, la omisión y el error en la constitución del depósito o en su justifica-

¹⁵⁴ En el mismo sentido, STS, Sala 4.ª, de 29 de septiembre de 2015 [rcas. núm. 341/2014], y AATS, Sala 4.ª, de 14 de septiembre de 2016 [rec. queja núm. 16/2016] y de 9 de febrero de 2017 [rec. queja núm. 40/2016].

ción; la insuficiencia o la falta de justificación de la consignación o del aseguramiento realizados dentro del plazo de preparación; y la falta de acreditación o la acreditación insuficiente de la representación o de otro requisito formal de carácter subsanable que sea necesario para la preparación (art. 230.5 LRJS). Sin embargo, resulta insubsanable que la preparación no se realice dentro de plazo normativamente establecido; que el escrito de preparación no contenga las menciones exigidas para fundamentar el recurso, es decir, que no exponga el núcleo de la contradicción ni identifique las sentencias de contraste; la total ausencia de consignación o de aseguramiento en la forma prevista por el legislador; y, en general, que «el recurrente hubiera incumplido los requisitos necesarios para la preparación del recurso de modo insubsanable» (arts. 222.2 y 230.4 LRJS).

La articulación práctica de esta clasificación no puede realizarse, sin valorar lo señalado en los apartados anteriores, en tanto en cuanto deja ver la forma en la que la jurisprudencia social ha delimitado cada uno de los requisitos que dicha clasificación engloba, así como la trascendencia práctica que su incumplimiento posee sobre la tramitación y la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En segundo lugar, en los supuestos en los que la resolución impugnada no sea recurrible en casación para la unificación de doctrina, en los que existan deficiencias insubsanables o en los que no se hayan subsanado correctamente aquellas que sí son subsanables, la Sala 4.^a del Tribunal Superior de Justicia competente declarará, mediante auto, tener por no preparado el recurso, quedando, en su caso, firme la sentencia impugnada. Frente a este auto, se podrá interponer un recurso de queja, ante la Sala 4.^a del Tribunal Supremo (arts. 222.2 y 230.6 LRJS).

En tercer lugar, en aquellas situaciones en las que el Letrado de la Administración de Justicia entienda que el trámite de preparación cumple los requisitos establecidos normativamente, tendrá por preparado el recurso de casación para la unificación de doctrina. Y, contra esta decisión, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, aunque estará facultada para oponerse a la admisión del recurso de casación unificadora, al personarse ante la Sala 4.^a del Tribunal Supremo (art. 222.1 LRJS).

En el supuesto de que el Letrado de la Administración de Justicia se confunda y tenga por preparado el recurso de casación para la unificación de doctrina a pesar de que no se hayan respetado los requisitos exigidos para ello, su errónea decisión no servirá para convalidar la deficiencia o deficiencias existentes, como tampoco pueden hacerlo el escrito de presentación del recurso y la decisión del órgano judicial de admitirlo a trámite, a pesar de lo ordenado en

el artículo 225 LRJS. Esta posición es avalada por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, entre otras situaciones, cuando señala que «a la vista de los defectos apreciables en el escrito de preparación, (...) que el Tribunal de segundo grado no decretara la inadmisión del recurso y (...) que esta Sala dictara providencia admitiendo a trámite el recurso, una vez presentado el escrito de interposición en el que la parte demandante designa una sentencia como referencial y hace una relación precisa y circunstanciada de la contradicción detectada, de ninguna manera convalida las graves irregularidades cometidas en la fase inicial (...), al afectar a una norma de orden público procesal de carácter imperativo e indisponible»¹⁵⁵. «Y, por ello, (...) el motivo incurría en causa de inadmisión que, en el presente momento procesal, determina, igual que el recurso entero, su desestimación»¹⁵⁶.

Consecuentemente, el incumplimiento de los requisitos a los que se encuentra vinculada la fase de preparación constituye causa suficiente para desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, incluso, aunque concurra la contradicción alegada¹⁵⁷. Lo que evidencia la importancia que dichos requisitos poseen sobre la tramitación y la viabilidad de este recurso, y conecta con su carácter extraordinario y excepcional.

¹⁵⁵ STS, Sala 4.^a, de 29 de noviembre de 2017, FJ 2.º [rcud. núm. 729/2016].

¹⁵⁶ STS, Sala 4.^a, de 22 de diciembre de 2016, FJ 3.º [rcud. núm. 469/2014]. En la misma dirección, STS, Sala 4.^a, de 23 de abril de 2018 [rcud. núm. 2323/2016].

¹⁵⁷ STS, Sala 4.^a, de 28 de noviembre de 2018 [rcud. núm. 3808/2016].

CAPÍTULO IV

LA SENTENCIA DE CONTRASTE EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

CARMEN AGUT GARCÍA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I-Castellón

Ex-Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala IV)

SUMARIO: 1. *La sentencia de contraste: término de comparación para la unificación de doctrina.*—2. *Sentencias que pueden ser alegadas para el contraste.*—3. *La sentencia de contraste en el procedimiento.*—4. *La sentencia de contraste y los presupuestos del recurso.*—5. *Recapitulación: causas de inadmisión del recurso relacionadas con la sentencia de contraste.*

1. LA SENTENCIA DE CONTRASTE: TÉRMINO DE COMPARACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Es sabido que el recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) del que conoce la Sala IV del Tribunal Supremo (TS), según reza el artículo 219.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), tiene como finalidad la unificación de doctrina con ocasión de «sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia» (TSJ). Ello se producirá en los supuestos que contem-

pla el mismo artículo 219 en la segunda parte de su número 1, en redacción coincidente con la que presentaban sus antecedentes, el artículo 216 RD-Leg. 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL'90), así como del posterior artículo 217 RD-Leg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL); si bien se apartaba un poco de la Base 35.^a1 Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral¹⁵⁸, que rezaba: ... «cuando dichas sentencias ... fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo»

A lo anterior se añade ahora lo dispuesto en el artículo 219.2 parr. primero LRJS: «Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional» (TC) «y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España...»; y lo dispuesto en el 219.2 parr. segundo LRJS: «Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...» (TJUE).

De ese modo, para que la Sala IV pueda llegar a resolver el RCU, la sentencia de contraste debe: a) permitir cumplimentar el presupuesto básico de la contradicción con la sentencia recurrida, en términos generales, «...respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales,...» ; y b) poner de manifiesto que «...se hubiere llegado a pronunciamientos distintos...», por lo que existe doctrina que necesita ser unificada: «El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina...» (art. 219.1 LRJS).

La resolución de contraste, también denominada referencial, de comparación,... es, pues, la contraparte ineludible para que pueda apreciarse respecto de la sentencia recurrida la existencia de contradicción y la necesidad de unificación de doctrina; esto es, para que concurren los dos presupuestos que permiten a la Sala IV entrar a resolver sobre el asunto planteado fijando la doctrina correcta¹⁵⁹, lo que hace de la sentencia de contraste un elemento in-

¹⁵⁸ La Base 35.^a1 Ley 7/1989, disponía: «Las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia serán recurribles ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, cuando fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

¹⁵⁹ Vid., por todos, CAMPOS ALONSO, M. A., «Recurso de casación para unificación de doctrina», en AA. VV., *La Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, CGPJ, 1993, p. 243; MONTERO AROCA, J. y otros,

dispensable en el RCUD. En efecto, sin perjuicio del interés individual que el recurso tiene para el recurrente, a quien mueve lograr la modificación del resultado obtenido con la sentencia recurrida, a los efectos de la unificación de doctrina puede decirse que tan importante es la sentencia recurrida como la de comparación, pues solo con la presencia en el proceso de una sentencia de contraste se pueden alcanzar los indicados presupuestos del RCUD y obtener, en su caso, una sentencia de fondo.

Únicamente en el supuesto contemplado en el artículo 219.3 LRJS, que también constituye una novedad de dicha norma reguladora, el recurso de casación unificadora podrá interponerse sin necesidad de sentencia de contraste: recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal cuando concurren determinadas circunstancias particulares.

La regulación que la LRJS efectúa de la sentencia de contraste evidencia que, del mismo modo que solo algunas resoluciones judiciales son susceptibles de ser recurridas en casación unificadora ante la Sala de lo Social del TS, no cualquier resolución sirve para actuar como elemento de contraste a los fines del RCUD. Para que la sentencia de contraste sea idónea: a) debe reunir en sí misma determinados requerimientos; b) debe ser correctamente aportada al proceso; y, en fin, c) debe cumplimentar los presupuestos del recurso.

Todos los extremos indicados, algunos contenidos literalmente en la propia LRJS, otros derivados de la jurisprudencia emanada de la Sala IV al resolver sobre esta cuestión, deben ser oportuna y adecuadamente cumplimentados por la parte recurrente, de ahí la importancia que tiene para ella no descuidar ningún elemento relativo a la resolución referencial¹⁶⁰.

A dichos requisitos de idoneidad de la sentencia de comparación que podríamos calificar de carácter general, y elementales o básicos, vamos a dedicar el presente trabajo (pues no es objeto del mismo abordar en profundidad del alcance de la contradicción ni de la unificación doctrinal, a los que se refieren otros apartados de la obra). Para el estudio de tales requisitos, y sin perjuicio de que puedan dar lugar a diversas clasificaciones, hemos separado su tratamiento en tres grandes apartados, ya que ello nos va a permitir abordar de manera más sistemática todos los aspectos del RCUD que se hallan vinculados a la sentencia de contraste. En primer lugar, los que tienen que ver con la propia existencia

Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, Civitas, 1993, p. 1211; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C., «El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina: revisión crítica», *La Ley-Actualidad*, 1999, pp. 138 ss.

¹⁶⁰ Vid. CAMPOS ALONSO, M. A., *El Recurso de Casación...*, op. cit., EDERSA, Tomo XIII, vol. 2.º, 1990, p. 1479; CAMPOS ALONSO, M. A., *El Recurso de Casación para la unificación de doctrina social*, EDERSA, 1998, p. 53; MONTERO AROCA, J., y otros, *Comentarios...*, op. cit., p. 1211.

de sentencia de contraste y son previos al análisis de la concurrencia de los presupuestos del recurso¹⁶¹. En segundo lugar, los que resultan de las normas adjetivas que regulan la presencia de la sentencia de contraste en el proceso. Y, en tercer lugar, los requisitos que la resolución de contraste, formalmente adecuada y correctamente aportada a los autos, debe reunir para permitir el examen con la recurrida a fin de determinar si se dan o no los presupuestos del recurso; estos últimos divididos, a su vez, en función de tales presupuestos en: requisitos relativos a la contradicción y relativos a la doctrina susceptible de unificación.

Por último, parece necesaria una precisión terminológica. No todas, pero sí muchas de las causas de inadmisión del RCUd tienen que ver con la sentencia de contraste según iremos constatando a largo de la exposición, y la terminología que se utiliza por el TS al referirse a dichas causas puede, en algunas ocasiones, parecer poco precisa.

En este sentido, no hay duda de que si la Sala IV entra a conocer del RCUd y decide sobre el fondo de la cuestión planteada, es porque la parte ha aportado a los autos una sentencia de contraste idónea. En otro caso, es decir, en todos los procedimientos en los que el RCUd es inadmitido por causa relacionada con la sentencia de contraste, puede decirse que esta, en último extremo, es una resolución no idónea o sin valor referencial.

Si bien es cierto que parece que el TS pretendía reservar la expresión sentencia de contraste no idónea (o sentencia inidónea), para los supuestos en los que la resolución aportada a los autos no cumplía con los requisitos básicos esenciales para ser considerada propiamente una sentencia de contraste y sobre los que seguidamente volveremos: los relacionados con la forma de la resolución, el tribunal que la dicta, la firmeza, la vigencia... , ello no siempre ha sido así. Por el contrario, el TS tanto alude a sentencia no idónea al tratar de los requisitos propios de la sentencia como tal (sentencia no idónea por falta de firmeza o por haber sido casada y anulada¹⁶²), como de los requisitos procesales (falta de idoneidad de la sentencia de contraste por no estar citada en el escrito de preparación¹⁶³), o los relativos a los presupuestos del recurso –contradicción y doctrina que debe ser unificada– (falta de idoneidad por pérdida de valor referencial por contener doctrina superada¹⁶⁴).

Otro tanto puede decirse de las alusiones que se hacen por el TS al valor referencial de la sentencia de contraste: carencia de valor referencial, pérdida

¹⁶¹ Coincidiendo con RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C., *El Recurso...*, *op. cit.*, p. 147, es la primera de las fases de la acreditación de la contradicción, en la que se trata de «analizar el material aportado como referencia por el recurrente, para comprobar si éste puede ser utilizado a estos efectos».

¹⁶² *Vid.*, por todos, ATS de 12 de abril de 2018 (R. 3421/2017).

¹⁶³ *Vid.*, por todos, ATS de 17 de enero de 2019 (R. 2167/2018).

¹⁶⁴ *Vid.*, por todos, ATS de 16 de julio 2019 (R. 4898/2018).

de valor referencial... Porque, al igual que en el caso anterior, se observa que dicha locución no parece ser utilizada de forma precisa por la Sala IV, sino, en términos generales, como alternativa a la falta de idoneidad, aunque quizá en menos ocasiones y más localizadas (ausencia de valor referencial por tratarse de un auto de un TSJ¹⁶⁵, o por contener la sentencia de contraste doctrina superada¹⁶⁶).

Todo ello denota, a la postre, un uso extensivo por el TS de estas locuciones, no incorrecto, pero tampoco restringido a un solo ámbito de las posibles causas de inadmisión¹⁶⁷. De este modo no concreto y no determinado vamos también a utilizar estas expresiones en las páginas que siguen.

2. SENTENCIAS QUE PUEDEN SER ALEGADAS PARA EL CONTRASTE

En este apartado vamos a hacer referencia a aquellas exigencias que debe reunir la sentencia de contraste con carácter previo a cualquier otra consideración sobre su contenido; esto es, a las que afectan a su propia esencia; en particular, las relativas a la forma que debe adoptar la resolución, al órgano judicial que puede dictarla, a su firmeza y a su pervivencia como tal resolución.

2.1 Forma de la resolución de contraste

Según se desprende claramente del artículo 219.1 y 2 LRJS, solo determinadas decisiones judiciales son susceptibles de constituir una resolución referencial eficaz a los fines del RCUD. Dichas resoluciones idóneas para el contraste vendrían a ser las siguientes: sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ, sentencias del TS, sentencias dictadas por el TC, sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, y sentencias del TJUE. Esto es, de acuerdo con el artículo 219 LRJS, la resolución de contraste debe de haber adoptado necesariamente la forma de sentencia.

¹⁶⁵ *Vid.*, por todos, ATS de 11 de junio de 2008 (R. 3016/2007).

¹⁶⁶ *Vid.*, por todos, ATS de 1 de junio de 2017 (R. 3700/2016).

¹⁶⁷ Un intento de diferenciar el uso de estos términos puede observarse en el STS de 23 de febrero de 2018 (R. 1133/2016).

Igualmente, los demás preceptos reguladores del recurso cuando nombran la decisión de contraste, salvo el artículo 221.2.a) LRJS, que se aparta de tal denominación y alude únicamente a «...las resoluciones comparadas...», lo hacen utilizando la misma expresión: «sentencia». Así: en relación al escrito de preparación, en el artículo 221 LRJS se dice: 1.b): «...datos identificativos de la sentencia o sentencias...»; 3. «Las sentencias invocadas...»; 4. «Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención...». En relación al escrito de interposición, en el artículo 223.4 LRJS, se contiene: «... certificaciones de sentencias...»; mientras que en el artículo 224 LRJS se hace referencia a: 1.a) «... la sustancial contradicción de sentencias...»; 3. «... una sentencia por cada punto...»; 4. «... aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias...», «...la sentencia anteriormente aportada... la certificación de la sentencia...».

Así las cosas, parece bastante evidente que la Ley ha adoptado sobre el particular un criterio eminentemente formal, no de fondo, de manera que las únicas resoluciones válidas para servir de término de contradicción a la sentencia recurrida en el RCUd deben revestir también, necesariamente, la forma de sentencia. Contrariamente, no resultarán idóneas las resoluciones jurisdiccionales que adopten cualquier otra forma, señaladamente, autos y providencias; y menos aún otras resoluciones judiciales, no jurisdiccionales: decretos, decisiones, recomendaciones..., o no judiciales siquiera ¹⁶⁸.

Dicha interpretación era la que venía sosteniendo la doctrina ¹⁶⁹ y el TS al amparo de la LPL: «... solamente servirán como decisiones judiciales de con-

¹⁶⁸ La redacción inicial de la Base Trigésimo quinta. Recurso de casación para la unificación de doctrina.1) del Proyecto de Ley de Bases de Procedimiento Laboral (121/000089), de 1988, era la siguiente: «Las resoluciones dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia serán recurribles ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, cuando fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo...» El cambio del término «resoluciones» por «sentencias», que luego se mantuvo en la redacción de la LPL (lo que afectaba tanto a las resoluciones recurridas como a las de contraste), se produjo en virtud de la enmienda núm. 188 presentada por el Grupo Socialista durante la tramitación en el Senado, con la única justificación de ser una mejora técnica. Vid. JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina Laboral*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 148.

¹⁶⁹ Vid. CABERO MORÁN, E., *Sentencias Recurribles y Contradictorias en el Recurso de Casación*, en AA. VV., III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 1993, p. 415; FERRANDO GARCÍA, M.^a F., en AA. VV., *Los Recursos en el Proceso Laboral*, Laborum, 2010, p. 112; FOLGUERA CRESPO, J. A., «El derecho a los recursos legalmente establecidos: Recursos de suplicación y casación», en AA. VV., *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Dir. Folguera Crespo, J. A.), *Cuadernos de derecho judicial*, 1996, núm. 17, p. 163; IVORRA MIRA, M. J., *El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 34; JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El Recurso de Casación...*, *op. cit.*, p. 148; MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina en la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 1997, p. 49; MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación Laboral*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 191; SEMPERE NAVARRO, A. V., *El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina*, Aranzadi, 1999, p. 94

traste las sentencias y, no los autos ni cualquier otro tipo de resolución...»¹⁷⁰; y ello tanto si se trataba de autos de la propia Sala IV del TS¹⁷¹, de otras Salas del TS, en particular, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia¹⁷², como de autos de TSJ¹⁷³.

Solo en algún supuesto excepcional, lo que en realidad vendría a confirmar el criterio general adoptado, se admitió la validez de un auto de un TSJ, si bien ello se debió a que el TSJ dictó un auto cuando debió de haber dictado una sentencia (y, seguramente también por razón de la peculiar materia abordada, ya que se debatía sobre la competencia territorial de los Juzgados de lo Social)¹⁷⁴.

Este criterio formal sobre la resolución de contraste es el que ha seguido manteniendo el TS ya bajo la regulación de la LRJS¹⁷⁵, y ello no obstante la ampliación que dicha norma efectúa a «sentencias» de Tribunales no previstos en la LPL¹⁷⁶. Así, se dice por la Sala IV: «Recordemos que la contradicción contemplada por la LRJS solo refiere a la que ocurre entre «sentencias», excluyendo a los Autos u otro tipo de resoluciones judiciales»¹⁷⁷.

De este modo, se han considerado no idóneos como resolución de contraste: los autos de la Sala IV del TS¹⁷⁸; los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccio-

¹⁷⁰ Cfr. ATS de 9 de enero de 2003 (R. 1215/2002).

¹⁷¹ Cfr. STS de 18 de octubre de 1993 (R. 147/1993): «Ante todo se puntualiza que esta última resolución carece de operatividad y eficacia en un recurso de casación para la unificación de doctrina, por cuanto que en esta clase de recurso únicamente pueden alegarse, a efectos de la contradicción, sentencias, no sirviendo de ningún modo a tal fin los autos; así se desprende, con toda claridad, de lo que establecen los artículos 216 y 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, en los que tan solo se admite, como base esencial de este recurso, la contradicción entre sentencias» en el mismo sentido STS de 27 de abril de 1994 (R. 1984/1993), ATS de 15 de septiembre de 2009 (R. 1236/2009)].

¹⁷² Vid. ATS de 10 de noviembre de 2009 (R. 32/2009), 8 de febrero de 2012 (R. 3203/2011).

¹⁷³ Cfr. STS de 15 de julio de 1992 (R. 2609/1991): «Cita también un auto de la Sala de Burgos, resolución ésta no admisible a los efectos pretendidos, pues solo entre sentencias cabe realizar el juicio de comparación que reclama este recurso, como terminantemente lo dispone el primero [art. 216 LPL] de los preceptos citados» [Vid. también STS de 11 de octubre de 1999 (R. 3933/1998), ATS de 26 de marzo de 2003 (R. 3762/2002)].

¹⁷⁴ La STS de 21 de septiembre de 2009 (R. 3965/2008) [no obstante la STS de 18 de junio de 1996 (R. 3292/1995) hubiera decidido la falta de idoneidad del mismo auto del TSJ de Galicia como resolución de contraste], concluye: «... es apto a efectos de justificar el presupuesto de contradicción el auto alegado de contraste, en cuanto en forma técnica procesal debió adoptar la forma de sentencia...».

¹⁷⁵ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *La casación unificadora y su proyección sobre temas de Derecho Laboral Individual*, Aranzadi, 2016, p. 61; GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos de Casación: Casación Ordinaria y Casación para Unificación de Doctrina», en AA. VV., *El Proceso Laboral* (Dir. Blasco Pellicer, A.), Tirant lo Blanch, 2013, p. 1844; MOLINA NAVARRETE, C., «Análisis de la Nueva Ley de la Jurisdicción Social», *La Ley*, 2012, p. 459.

¹⁷⁶ Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Capítulo 7, Recurso de Casación para Unificación de Doctrina», en AA. VV., *Memento Práctico Recurso de Casación*, Francis Lefebvre, 2018/2019, p. 579.

¹⁷⁷ Cfr. STS de 5 de julio de 2018 (R. 2274/2016).

¹⁷⁸ Vid. AATS de 9 de septiembre de 2014 (R. 2847/2013), 27 de enero de 2015 (R. 2171/2014), 17 de diciembre de 2015 (R. 3382/2014), 7 de marzo de 2017 (R. 1682/2016), 18 de julio de 2019 (R. 4786/2018), 22 de octubre de 2019 (R. 246/2019).

nal de la Sala Cuarta del TS ¹⁷⁹; los autos de la Sala de Conflictos de Competencia del TS ¹⁸⁰; los autos de los TSJ ¹⁸¹; las Declaraciones del pleno del TC ¹⁸²; las Decisiones de Fondo dictadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales ¹⁸³; los autos de los Juzgados de lo Social ¹⁸⁴.

La elección de la sentencia como única decisión hábil a los efectos del contraste en el RCU supone la adopción de un criterio exclusivamente formal, coherente con la literalidad del artículo 219.1 y 2 LRJS, así como de lo preceptuado en otros artículos de la propia LRJS; ajustado, en términos generales, con la finalidad última del recurso unificador; a lo que podría añadirse que también resulta adecuado para la gestión del elevado volumen de asuntos que llegan a la Sala IV, ya que dicho criterio permite mayor agilidad a la hora de decidir si la resolución de referencia aportada por la parte pasa o no el filtro de la idoneidad formal.

Ello no obsta para que en algún supuesto aislado tal planteamiento quizá deba ser objeto de revisión. En concreto, nos referimos a la posibilidad de que determinados autos del Tribunal de Justicia (TJ), del TJUE, puedan ser considerados como resolución formalmente idónea para ser invocada en el RCU. En efecto, sin perjuicio de que más adelante aludamos nuevamente a los Tribunales de la Unión Europea, debemos ahora traer a colación lo dispuesto en el artículo 99 «Respuesta mediante auto motivado», del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (RPTJ) ¹⁸⁵, incluido en el apartado relativo a las cuestiones prejudiciales. En él se dice: «Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado».

Los dos primeros supuestos que contempla el precepto, cuestión idéntica a otra ya resuelta o que pueda deducirse fácilmente de la jurisprudencia, po-

¹⁷⁹ Vid. ATS de 19 de abril de 2018 (R. 2254/2017).

¹⁸⁰ Vid. AATS de 14 de mayo de 2014 (R. 2123/2013), 14 de septiembre de 2017 (R. 55/2017).

¹⁸¹ Vid. ATS de 8 de mayo de 2018 (R. 5/2018).

¹⁸² Vid. ATS de 3 de mayo de 2018 (R. 3639/2017).

¹⁸³ Vid. AATS de 7 de febrero de 2017 (R. 1942/2016), 21 de diciembre de 2017 (R. 119/2017), 7 de mayo de 2019 (R. 3085/2018).

¹⁸⁴ Vid. AATS de 1 de marzo de 2018 (R. 2139/2017), 13 de febrero de 2019 (R. 1215/2018).

¹⁸⁵ Se ha seguido la Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (*DO L* 265 de 29 de septiembre de 2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (*DO L* 173 de 26 de junio de 2013, p. 65), el 19 de julio de 2016 (*DO L* 217 de 12 de agosto de 2016, p. 69), el 9 de abril de 2019 (*DO L* 111 de 25 de abril de 2019, p. 73) y el 26 de noviembre de 2019 (*DO L* 316 de 6 de diciembre de 2019, p. 103).

drían no tener virtualidad suficiente para alterar el criterio general seguido en relación a la resolución de contraste a que venimos aludiendo. En este sentido, ambas decisiones pueden encontrar similitudes con los autos dictados por el propio TS al amparo del artículo 225.4 LRJS («Son causas de inadmisión... la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales»), los cuales inadmiten el RCU por falta de contenido casacional de unificación de doctrina por ser la decisión de la sentencia recurrida coincidente con la doctrina de la propia Sala IV, y dichos autos del TS, al igual que cualesquiera otros, como se ha visto, no son idóneos como resolución referencial.

Lo mismo podría decirse de las providencias y autos de inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad o de los recursos de amparo del TC (arts. 37 y 50.3 LOTC). Así como de los autos del Tribunal General (TG) del TJUE dictados al amparo del artículo 132 Reglamento de Procedimiento del Tribunal General (RPTG)¹⁸⁶, pues a su tenor: «Cuando el Tribunal de Justicia o el Tribunal General se hayan pronunciado ya sobre una o varias cuestiones jurídicas idénticas a las planteadas en los motivos del recurso y el Tribunal General constate que los hechos están probados, el Tribunal General podrá decidir declarar el recurso manifiestamente fundado mediante un auto motivado que haga referencia a la jurisprudencia pertinente, una vez terminada la fase escrita del procedimiento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír a las partes.»¹⁸⁷

Pero si bien la falta de valor referencial de los autos o decisiones recién indicados puede hallar justificación en el hecho de que no se contiene en ellos doctrina que no se encuentre igualmente en una sentencia del TS o en una sentencia del TJ o del TG, por lo que son estas las que deberían de haberse alegado en su lugar, el tercer extremo contemplado en el RPTJ, «cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable», podría situarnos en un contexto distinto, ya que en tales casos dicho TJ puede resolver mediante auto cuestiones prejudiciales que no hayan sido analizadas previamente por él si considera que las mismas son de fácil respuesta. De este modo, no obstante esta previsión ya existiera en el RPTJ con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS¹⁸⁸, dada la especial posición del órgano judicial que deci-

¹⁸⁶ Se ha seguido la Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, de 4 de marzo de 2015 (DO 2015, L 105, p. 1), última modificación 11 de julio de 2018 (DO 2018, L 240, p. 68).

¹⁸⁷ Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General de 4 de marzo de 2015 (DO 2015, L 105, p. 1).

¹⁸⁸ El primer Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia se adoptó el 4 marzo de 1953. El Reglamento de Procedimiento de 19 junio de 1991, vigente al tiempo de la entrada en vigor de la LRJS, en su versión consolidada incluyendo la última modificación, sufrida el 23 de marzo de 2010 (DO L 92 de

de y el hecho de que el fallo judicial adopta la forma de auto solo por su escasa complejidad jurídica a los ojos del propio TJ, podrían hacer pensar que tales resoluciones, llegado el caso, debieran ser consideradas idóneas como resolución de contraste en el RCUD, obedeciendo su falta de referencia en la LRJS solo a un olvido del Legislador¹⁸⁹.

Ello en el bien entendido de que se trataría de una clara excepción a la regla general (que no cambia); y que, precisamente por tratarse de una excepción, no bastaría con la mera cita como resolución de contraste del auto europeo como si de una sentencia se tratara, sino que sería necesario que la parte que lo invocara ante el TS justificara en sus escritos (preparación e interposición), la idoneidad del mismo a los fines del RCUD.

En todo caso, más sencilla parece la aplicación de esta exigencia de que la resolución de contraste revista la forma de sentencia respecto de las procedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, este Tribunal dicta sentencias, así como «resoluciones por las que las demandas se declaren admisibles o no admisibles» [art. 45 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos adicionales¹⁹⁰ (CEDH)], resoluciones a las que el Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de agosto de 2018 (RPTEDH)¹⁹¹, denomina «decisiones de inadmisión». Y las cuestiones de fondo, incluso si se trata de temas reiterados, se resuelven, en todo caso, mediante sentencia, por lo que es claro que solo estas últimas serían idóneas para el RCUD.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la rectificación de errores materiales manifiestos y aritméticos, la aclaración de algún concepto oscuro o la subsanación de omisiones o defectos de la sentencia de contraste llevada a

13 abril de 2010), disponía en su artículo 104.3: «Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado remitiéndose, en caso necesario, a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable...

El Tribunal podrá asimismo resolver mediante auto motivado, tras haber informado al órgano jurisdiccional remitente, vistas, cuando se hayan presentado, las observaciones de los interesados a los que se refiere el artículo 23 del Estatuto y oído el Abogado General, cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable».

¹⁸⁹ Ejemplo de tales autos del TJ dictados al amparo del artículo 99 RPTJ que pudieran tener relevancia en el RCUD ante la Sala IV son, entre otros, los de 9 de febrero de 2017 (asunto C-443/16), sobre contratos de duración determinada de profesores universitarios; 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18) sobre abono de trienios en contratos a tiempo parcial.

¹⁹⁰ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE 10 de octubre de 1979).

¹⁹¹ Seguimos la traducción efectuada por los Servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf]

cabo por el correspondiente auto o autos (arts. 267 LOPJ y 214 y 215 LEC), forman parte de la sentencia misma, por lo que todos ellos (sentencia y autos), deben ser aportados al proceso y atendidos, en su caso, para determinar la existencia o no de contradicción¹⁹².

2.2 Órgano judicial que dicta la sentencia

Admitido que la resolución de contraste debe ser formalmente una sentencia, debemos analizar ahora los Tribunales de los que la misma puede proceder y las exigencias que, según cuál sea dicho Tribunal, debe cumplimentar para que resulte idónea como elemento de referencia; todo ello en atención a lo dispuesto en el artículo 219.1 y 2 LRJS, y sin olvidar la ampliación de los posibles Tribunales que dicha norma efectúa en relación con la LPL.

2.2.1 SENTENCIAS IDÓNEAS

Según reza el artículo 219.1 y 2 LRJS, las sentencias de contraste deberán de haber sido dictadas por alguno de los Tribunales siguientes: TSJ, TS, TC, Órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales, TJUE¹⁹³. A todas ellas nos referiremos seguidamente.

A) *Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma.*

De acuerdo con el artículo 219.1 LRJS, en primer término, pueden ser sentencias contradictorias las «... dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores...».

Dicho precepto presenta una redacción similar a la que contenía el artículo 216 LPL, y de su literalidad derivan varias consideraciones, que han sido admitidas por la Sala IV al amparo de la LPL y también tras la LRJS.

¹⁹² Vid. SSTS en las que la sentencia de contraste va acompañada de auto de aclaración, por todas, de 17 de julio de 2018 (R. 232/2016) y 16 de mayo de 2019 (R. 4082/2016).

¹⁹³ Vid. PALOMO BALDA, E., «Comentario al artículo 219», en AA. VV. (Dir. Mercader Uguina, J. R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, 2015, p. 1466; AGUSTÍ JULIÁ, J., «Del Recurso de Casación para Unificación de Doctrina», en AA. VV., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 2011, 2.ª ed., p. 782.

En primer lugar, las sentencias procedentes de un TSJ deben de haber sido dictadas en suplicación por las Salas de lo Social [art. 7.c) y d) LRJS]; lo que a contrario supone que no son válidas para la unificación las sentencias dictadas en la instancia por los TSJ [art. 7.a) y b) LRJS]¹⁹⁴, o resolviendo otro tipo de recursos¹⁹⁵.

En segundo lugar, las sentencias del TSJ deben de haberse dictado por la Sala Social, no siendo admisibles, por tanto, las que proceden de Salas de otros órdenes jurisdiccionales: Civil y Penal, o de lo Contencioso-Administrativo¹⁹⁶. El TS, en su momento, justificó esta salvedad en las mismas razones que daba para entender que solo eran aptas para la unificación doctrinal las sentencias de la Sala de lo Social del propio TS y no de otras: «La exclusión de estas sentencias se funda en que la función unificadora que la Sala IV tiene atribuida afecta únicamente a la doctrina del orden social, sin que pueda extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales...»¹⁹⁷.

En tercer lugar, la Sala Social de la que proceda la sentencia de contraste puede ser la misma Sala que dictó la sentencia recurrida o una Sala distinta. La primera opción dio lugar en su momento a la reflexión doctrinal, en cuanto que se halla íntimamente relacionada con la posibilidad que tiene la propia Sala de variar una doctrina seguida con anterioridad sin por ello lesionar, necesariamente, el artículo 14 CE¹⁹⁸. El TS ya desde un principio admitió que las sentencias confrontadas procedieran de la misma Sala, y ello tanto si se producía una variación razonada de doctrina como cuando se dictaban sentencias contradictorias y no necesariamente por un cambio justificado de criterio: «... tampoco es obstáculo a la referida contradicción..., el que tanto la sentencia recurrida, como las citadas como de contraste, procedan de la misma Sala de lo Social; como esta

¹⁹⁴ Ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 160.5 LRJS, que se desarrolla en el ámbito del proceso de conflicto colectivo y en relación a la eficacia de la cosa juzgada.

¹⁹⁵ Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Capítulo 7...», *op. cit.*, p. 521.

Cfr. ATS de 8 de septiembre de 2004 (R. 5130/2003): «...la sentencia invocada y aportada mediante certificación, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2002, no es idónea a los efectos del juicio de contradicción porque se trata de una sentencia dictada en instancia en virtud de la competencia atribuida por el artículo 7 a) de la Ley de Procedimiento Laboral a dicho órgano jurisdiccional social, no siendo, en consecuencia, de las incluidas en el artículo 217 del texto procesal laboral que al regular el objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere a sentencias dictadas «en suplicación» por los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contradictorias entre sí (Auto de 28 de marzo de 2000, RCUUD núm. 3224/99)...». Vid. STS de 10 de mayo de 2017 (R. 2929/2015), AATS de 22 de enero de 2015 (R. 1284/2014), 12 de noviembre de 2019 (R. 1142/2019).

¹⁹⁶ Vid. AATS de 14 de septiembre de 2017 (R. 419/2017), 20 de septiembre de 2017 (R. 2524/2016).

¹⁹⁷ Vid. ATS de 12 de febrero de 2002 (R. 2755/2001).

¹⁹⁸ Vid. CAMPOS ALONSO, M. A., *El Recurso de Casación...*, *op. cit.*, EDERSA, Tomo XIII, p. 1478; CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V., *La casación unificadora...*, *op. cit.*, p. 56; JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El Recurso de Casación...*, *op. cit.*, pp. 164 ss.; MARTÍN VALVERDE, A., «Resolución y Efectos de la Sentencia», en AA. VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1993, p. 367; MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *El Recurso de Casación*, *op. cit.*,..., pp. 52 ss.

Sala, ya ha dicho, repetidamente de la redacción del artículo 216 LPL, cuando se dice que el objeto del recurso es la unificación de doctrina, con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que fueron contradictorias entre sí, aparte con las de otras Salas de otros Tribunales o Tribunal Supremo, claramente se deduce que también comprende la contradicción procedente de sentencias dictadas por la misma Sala de lo Social, lo contrario llevará al absurdo de impedir unificación de doctrina en casos como el de autos»¹⁹⁹. Y, del mismo modo, ningún problema le plantea a la Sala IV tras la LRJS, a los fines del RCUD, la utilización como sentencias de contraste las dictadas por la misma Sala del TSJ tanto si se trata de sentencias que expresamente aluden al cambio de doctrina como si no²⁰⁰.

B) *Tribunal Supremo*

En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 219.1 LRJS, pueden alegarse de contradicción «...sentencias del Tribunal Supremo...» La LRJS ha mantenido también en este punto el mismo tenor del artículo 217 LPL, a cuyo amparo se planteaba si dichas sentencias del TS podían proceder de cualquier Sala²⁰¹.

Pero la Sala IV aclaró muy tempranamente²⁰², con una argumentación no exenta de cuestionamiento²⁰³, que se mantiene a la fecha, que solo son idóneas las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TS: «La contradicción, que tal precepto exige» [hoy art. 219 LRJS], «ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las de otras Salas del Tribunal Supremo distintas de la Sala de lo Social. La exclusión de estas sentencias se funda en que la función unificadora que la Sala IV tiene atribuida afecta únicamente a la doctrina del orden social, sin que pueda extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales»²⁰⁴.

¹⁹⁹ Cfr. STS de 30 de diciembre de 1992 (R. 2538/1991); MONTERO AROCA, J. y Otros, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1208.

²⁰⁰ *Vid.*, entre otras muchas, SSTS de 23 de octubre de 2019 (R. 4024/2017), 19 de noviembre de 2019 (R. 2822/2017), 4 de diciembre de 2019 (R. 2343/2017).

²⁰¹ *Vid.* CABERO MORÁN, E., *Sentencias Recurribles...*, *op. cit.*, p. 423; MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *El Recurso de Casación*, *op. cit.*..., pp. 82 ss.

²⁰² *Vid.* AATS de 17 de enero de 1991 y 10 de julio de 1991; 31 de mayo de 2000 (R. 1999)

²⁰³ *Vid.* BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 1995, p. 467; MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *El Recurso de Casación*, *op. cit.*..., pp. 61 ss.

²⁰⁴ Cfr. STS de 17 de mayo de 2018 (R. 3598/2016), y las resoluciones que en él se citan: SSTS de 19 de junio de 2002 (R. 3291/2001), 2 de julio de 2002 (R. 3289/2001), 3 de julio de 2002 (R. 3298/2001), 1 de octubre de 2002 (R. 3295/2001), 4 de mayo de 2011 (R. 89/2010) y AATS de 15 de enero de 2009 (R. 1726/2008), 28 de octubre de 2009 (R. 1508/208), 12 de mayo de 2010 (R. 626/2009), 15 de junio de 2010 (R. 3972/2009), 9 de septiembre de 2010 (R. 4270/2009), 14 de febrero de 2011 (R. 2300/2010), 24 de mayo de 2011 (R. 2295/2010), 22 de septiembre de 2011 (R. 412/2011)...

Dicha doctrina, a contrario, supone que no son idóneas para el contraste las sentencias dictadas por las restantes Salas del TS distintas de la Sala IV; señaladamente, las de lo Contencioso-administrativo²⁰⁵ y de lo Civil²⁰⁶ o de lo Penal, pero también otras, tales como, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, la Sala de Conflictos de Jurisdicción²⁰⁷ o la Sala Especial del artículo 61 LOPJ²⁰⁸.

Por otro lado, sin perjuicio de que determinadas cuestiones relacionadas con el contenido de la sentencia puedan hacer que una resolución formalmente idónea no permita llegar a una resolución de fondo en el RCU, y a las que más adelante nos referiremos, a diferencia de lo que sucede con las sentencias dictadas por las Salas de los TSJ (sentencias de suplicación o en la instancia), no existe distinción entre las sentencias dictadas por la Sala IV para fundar el contraste, y ello sea cual sea el criterio que adoptemos para aproximarnos a las mismas. Esto es, tan válidas son las sentencias dictadas al resolver un recurso de casación «ordinaria», como las que deciden un recurso de casación para unificación de doctrina, una demanda de error judicial²⁰⁹ o una demanda de revisión²¹⁰; también las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo²¹¹ (sin perjuicio, además, de lo dispuesto en el artículo 160.5 LRJS, que es objeto de análisis en otro lugar); y lo mismo cabe decir de las sentencias dictadas en Pleno respecto de las dictadas por la Sala en composición ordinaria de cinco miembros²¹².

²⁰⁵ Vid. SSTs de 17 de mayo de 2018 (R. 3598/2016), 22 de febrero de 2017 (R. 999/2015).

²⁰⁶ Vid. AATS de 26 de junio de 2018 (R. 4505/2017), 18 de julio de 2019 (R. 3763/2018). A ello no obsta que, de forma excepcional, se admitieran en una ocasión [STS de 15 de julio de 1991 (R. 243/1991)], como contradictorias sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, correspondientes a una época en la que todavía no estaba constituida la Sala Social [vid. AATS de 26 de enero de 2000 (R. 575/1999), 25 de septiembre de 2007 (R. 2108/2006)]. Vid. GOERLICH PESET, J. M., 28. *Los Recursos...*, op. cit., p. 1845; San CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Capítulo 7...», op. cit., p. 525. Y que, seguramente por error, se admitió una vez como sentencia comparable una de la Sala de lo Contencioso-Administrativo [STS de 2 de febrero de 1991 (R. 961/1990)], según indican MOLINER TAMBORERO, G., y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 192.

²⁰⁷ Vid. STS de 16 de octubre de 1992 (R. 822/1991).

²⁰⁸ Vid. ATS de 10 de noviembre de 2009 (R. 32/2009)

²⁰⁹ Vid. AATS de 8 de julio de 2010 (R. 262/2010), 14 de febrero de 2013 (R. 1346/2012), 31 de mayo de 2018 (R. 856/2017).

²¹⁰ Vid. AATS de 15 de junio de 2010 (R. 3192/2009), 11 de febrero de 2016 (R. 1501/2015), 22 de octubre de 2019 (R. 2399/2018).

²¹¹ Ello a partir del cambio de doctrina que se efectúa con la STS de 14 de julio de 2000 (R. 4534/1998).

²¹² Vid. DE LA VILLA GIL, L. E., «Puntos Críticos del Recurso de Casación para Unificación de Doctrina en el Proceso Social», *AFDUAM*, núm. 5, 2001, p. 236. En sentido contrario respecto de las sentencias resolutorias de demandas de error judicial o de revisión Vid. PALOMO BALDA, E., *Comentario al artículo 219...*, op. cit., p. 1466.

C) *Tribunal Constitucional. Órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales*

El artículo 219.2, prr. 1, LRJS contiene dos de las tres novedades introducidas por dicha norma respecto de la LPL en orden a los Tribunales de los que podía emanar la sentencia de contraste, incluyendo entre ellos al «Tribunal Constitucional» y a los «órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España».²¹³

El TC parece que no necesita de mayor presentación. Y respecto de los órganos jurisdiccionales mencionados en segundo lugar, no se ha cuestionado que tenga encaje en este apartado, especialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también denominado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos²¹⁴; constituido en 1959 en el marco del Consejo de Europa, es un tribunal internacional competente para conocer de demandas individuales o estatales fundamentadas en violaciones de los derechos contenidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos adicionales²¹⁵ (CEDH).

La no inclusión de las sentencias del TC en el articulado de la LPL fue cuestionada en sus inicios por el propio TC²¹⁶ (si bien, finalmente se avino a esta situación²¹⁷), así como también por algunos autores²¹⁸, no obstante el TS se mantuviera firme en su criterio excluyente²¹⁹. Esta demanda se ha visto finalmente satisfecha, incorporándose las sentencias del TC y, además, las de otros Tribunales de carácter supranacional, como el referido TEDH, y, según veremos en el apartado siguiente, también las de los Tribunales jurisdiccionales constituidos en la Unión Europea.

²¹³ Un estudio más extenso sobre esta cuestión se contiene en esta misma obra en el estudio de RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «La posibilidad de invocación de sentencias de “Tribunales Mayores” con fines de unificación de doctrina».

²¹⁴ Vid. AA. VV., *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, 2019, 2.ª ed., p. 364; MARTÍN VALVERDE, A., «Artículo 219», en AA. VV., *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (Dir. Monereo Pérez, J. L.), Comares, 2013, p. 1226.

²¹⁵ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979).

²¹⁶ Vid. STC 16/1995, de 24 de enero.

²¹⁷ Vid. SSTC 11/1998, de 13 de enero, 38/1998, de 17 de febrero.

²¹⁸ Vid. GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», *op. cit.*, 1846; SEMPERE NAVARRO, A. V., *El Recurso de Casación...*, *op. cit.*, p. 90.

²¹⁹ Cfr. STS de 29 de abril de 1995 (R. 780/1994): «... las únicas sentencias que pueden ser aducidas a los efectos de la contradicción que en él se regula, son las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia; por consiguiente cualquier otra sentencia emanada de otro Tribunal distinto de los expresados, por alto que sea el rango del mismo y la importancia y extensión de sus competencias, carece totalmente de operatividad y eficacia al objeto de este recurso». Vid. también AATS de 24 de enero de 2012 (R. 1389/2011), 17 de febrero de 2011 (R. 3686/2010).

El artículo 219.2 LRJS prevé para la idoneidad de las sentencias de contradicción cuando estas sean del TC y de los órganos jurisdiccionales instituidos por los Tratados Internacionales, igualmente, «...que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado».

El precepto vincula las sentencias de TC y TEDH a la tutela de derechos o libertades, pero ello lo hace después de exigir que se cumplan los presupuestos del número anterior, esto es, que las sentencias sean, como en los supuestos habituales, contradictorias respecto de litigantes en idéntica situación en mérito a hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales. Dejando al margen las dudas que esta expresión puede generar²²⁰, en la práctica ha supuesto que las identidades que se exigen para apreciar la existencia de contradicción entre resoluciones se deban cumplimentar igualmente cuando las sentencias de referencia procedan de los Tribunales que prevé el artículo 219.2 LRJS, sin perjuicio de atender a las lógicas diferencias que derivan, en particular, de la distinta naturaleza de los procesos que se siguen ante estos Tribunales y ante el TSJ que dicta la sentencia de suplicación que se recurre, y de los propios derechos y libertades cuestionados²²¹.

Así, sobre el alcance del precepto, se ha dicho por el TS lo siguiente: «La contradicción con sentencias de los Tribunales «mayores»... supone que, salvando las peculiaridades de los procedimientos en que las sentencias comparadas se dicten, el análisis de las identidades debe mantenerse también en estos casos, por más que adecuado a las características del recurso de amparo en el que se produce la sentencia de contraste. En este sentido, no es suficiente con que el derecho fundamental –y, por ende, el precepto constitucional– invocado

²²⁰ Vid. DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», en AA. VV., *Lecciones de Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2016, p. 731; DESDENTADO BONETE, A., «Capítulo 6. Los recursos de casación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y en el Real Decreto-Ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», en AA. VV., *Análisis de la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (Dir. Trillo García, A. R.), Tirant lo Blanch, 2014, p. 282; GARCÍA MURCIA, J., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una primera aproximación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, junio de 2019, p. 145; MOLINER TAMBORERO, G., «La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, núm. 5, 2012, pp. 3 ss.

²²¹ Vid. AGUSTÍ JULIÁ, J., *Del Recurso de Casación...*, op. cit., p. 786; GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», op. cit., p. 1846; RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sentencias de contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 (rec. 2259/2017)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, junio de 2019, pp. 154 ss.

sea el mismo, sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección, de acuerdo con la STS de 14 de noviembre de 2014 (R. 1839/2013). Que el legislador haya relajado la contradicción no significa que la misma haya desaparecido, pues el contraste de doctrinas se permite «siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior». Por eso las SSTs 14 (2) noviembre 2014 (rec. 1236, 1839 y 2431/2013) y otras posteriores explican que no es necesario que las pretensiones sean idénticas, aunque sí los debates sobre vulneración del derecho; desde la perspectiva del derecho constitucional invocado, las situaciones sí han de ser homogéneas pues de lo contrario no podía hablarse de contradicción entre doctrinas. En suma, no se exige la identidad integral habitual («hechos, fundamentos y pretensiones») pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado)²²².

D) *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El artículo 219.2, prr. 2, LRJS establece la tercera novedad relativa a los Tribunales de los que puede proceder la sentencia comparable en el RCU cuando dispone: «Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario». Lo que significa, como en el supuesto anterior, que las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales que conforman el TJUE, excluidas por el TS al amparo de la LPL, son ahora resoluciones idóneas para la confrontación²²³.

Cabe recordar, brevemente, que de acuerdo con el artículo 19 Tratado de la Unión Europea (TUE), los artículos 251 a 281 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el artículo 136 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y el Protocolo núm. 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea anejo a los Tratados, el TJUE es la institución jurisdiccional de la Unión Europea (UE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA)²²⁴. El TJUE está integrado por dos órganos jurisdiccionales, el TJ y el TG. Se prevé también la existencia de tribunales especializados, pero, a la fecha, no hay constituido ninguno. En su momento

²²² Cfr. STS de 5 de julio de 2018 (R. 2274/2016). Vid. también SSTs de 12 de septiembre de 2017 (R. 2805/2015), 9 de mayo de 2018 (R. 2635/2016), 15 de enero de 2019 (R. 341/2017); AATS de 12 de septiembre de 2019 (R. 4660/2017), 2 de julio de 2019 (R. 1887/2017). La STS de 16 de septiembre de 2014 (R. 2431/13), es la primera en la que se analiza como contradictoria una STC.

²²³ Vid. ATS de 31 de octubre de 2012 (R. 324/2012). Vid. AGUSTÍ JULIÀ, J., *Del Recurso de Casación...*, op. cit., p. 783.

²²⁴ Su base jurídica: artículos 254 a 257 del TFUE, artículo 40 del Tratado Euratom y título IV del Protocolo núm. 3, anejo a los Tratados, sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

se creó un tribunal especializado, el Tribunal de la Función Pública (TFP), que estuvo en funcionamiento entre 2005 y 2016, año en que cesó su actividad, siendo sus competencias asumidas por el TG. El TFP conocía de asuntos entre las instituciones de la UE y sus empleados²²⁵.

El TJUE constituye «... la autoridad judicial de la Unión Europea y, en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, vela por la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la Unión»²²⁶.

Así las cosas, en una interpretación literal del artículo 219.2, prr. 2, LRJS, en primer lugar, no parece cuestionable que todos los órganos jurisdiccionales que integran el TJUE interpretan el Derecho de la Unión Europea y, en esa medida, sus sentencias son adecuadas para ser invocadas en el RCU como sentencias comparables. Esto es, son sentencias idóneas las dictadas por el TJ y el TG, así como también las del ya extinto TFP y de cualquier otro Tribunal especializado que pudiera crearse en un futuro en el ámbito del TJUE²²⁷.

En segundo lugar, la LRJS habla de interpretación del derecho comunitario. Y, aunque quizá hubiera sido más adecuada la alusión al Derecho de la Unión Europea, sobre lo que no cabe duda es que la expresión se debe entender en toda su amplitud, sin que quepa ningún tipo de limitación en función de la materia en atención a posibles distinciones que la indicada norma no contempla²²⁸. En este sentido cabe citar el ATS 13 de febrero de 2014 (R. 1463/2013), en el que se ha citado de contraste una STJUE referida a cláusulas abusivas de los contratos de consumidores; dicho auto inadmite el RCU por apreciar falta de contradicción, pero sin plantearse en momento alguno que la sentencia de contraste del TJUE pudiera no ser idónea por razón de la materia tratada²²⁹.

En tercer lugar, el TS viene exigiendo, al igual que sucedía con las sentencias del TC y de los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales, y con los mismos razonamientos, un análisis de las identidades «...con arreglo al apartado 1 del artículo 219 LRJS, pero teniendo en cuenta las singularidades del procedimiento en el que se dicta la sentencia invocada de contraste, no siendo suficiente que se invoque el mismo precepto

²²⁵ Vid. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/

²²⁶ Cfr. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/

²²⁷ Así parece entenderlo MOLINER TAMBORERO, G., *La Ley Reguladora...*, op. cit., pp. 6 y 7, si bien cuestionando los temas resueltos que podrían justificar el análisis de la contradicción. Discrepan, no obstante, DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación...», op. cit., p. 730; y SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Capítulo 7...», op. cit., p. 522, quienes consideran, en relación a la inclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en palabras del primer autor: «...designación que hay que entender en sentido estricto, pues se trata del Tribunal de Justicia; no del Tribunal General, ni de los Tribunales especializados».

²²⁸ En sentido contrario Vid. MOLINER TAMBORERO, G., *La Ley Reguladora...*, op. cit., p. 6.

²²⁹ Vid. ATS de 13 de febrero de 2014 (R. 1463/2013).

sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección»²³⁰.

2.2.2 SENTENCIAS NO IDÓNEAS

Como se ha visto, el artículo 219.1 y 2 LRJS contempla los órganos jurisdiccionales que pueden dictar las sentencias aptas para la contradicción, conteniendo un elenco, ampliado respecto de la LPL, pero igualmente cerrado, puesto que solo de los Tribunales y Salas que en dicho precepto se reflejan pueden proceder las resoluciones de contraste; de manera que, a contrario, cualquier sentencia dictada por órganos jurisdiccionales no previstos en el artículo 219 LRJS no será una sentencia idónea²³¹.

Al amparo de la LPL²³², dada su mayor restricción respecto de los términos de la LRJS, esta exclusión fue especialmente cuestionada en la medida que dejaba fuera, además de las sentencias del TC, también las del Tribunal Central de Trabajo (TCT) y las de la Audiencia Nacional (Sala Social) (AN); sentencias que, lógicamente, no lo eran entonces y tampoco son idóneas ahora bajo la vigencia de la LRJS. La justificación para no atender las sentencias de estos dos últimos tribunales se situaba en la literalidad de la norma y en «... la finalidad esencial que este recurso persigue es la de evitar la diversidad y dispersión de la doctrina que establezcan los Tribunales del orden social de la jurisdicción... Quedan así excluidas, por imperativo legal, las sentencias del extinguido Tribunal Central de Trabajo que no son aptas para viabilizar este recurso, como reiteradamente tiene declarado esta Sala... Ni tampoco las dictadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional...»²³³

En suma, puede decirse que, a la fecha, no son idóneas para ser alegadas como sentencias de contraste en el RCU, entre otras:

— Las sentencias dictadas por órganos y Tribunales que no consten en el artículo 219 LRJS (como los indicados TCT, AN o el Juzgado de lo Social²³⁴).

²³⁰ Vid. STS de 30 de noviembre de 2016 (R. 1307/2015).

²³¹ Vid. PALOMO BALDA, E., *Comentario al artículo 219...*, *op. cit.*, p. 1466; GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», *op. cit.*, p. 1847; MONTOYA MELGAR, A., y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, Civitas, 2016, 11.ª ed., pp. 465 ss.; VIROLÉS PIÑOL, R. M.ª, «Tema 11. De los recursos. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social avanzado (2018)», *Formación a Distancia*, 218, núm. 4, CGPJ, p. 57.

²³² Vid. MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «Comentario al artículo 217», en AA. VV., *Ley de Procedimiento Laboral* (Dir. de la Villa Gil, L. E.), La Ley, 2006, p. 1482.

²³³ Vid. ATS de 11 de diciembre de 1996 (R. 2653/1994). Vid. MARTÍN VALVERDE, A., *Resolución...*, *op. cit.*, p. 366.

²³⁴ Vid. ATS de 5 de septiembre de 2019 (R. 4852/2018).

— Las resoluciones procedentes de organismos nacionales o internacionales, que no llevan a cabo propiamente una actividad jurisdiccional (Comité de Libertad Sindical de la OIT, Comité de Derechos Humanos de la ONU...) ²³⁵.

— Las sentencias dictadas por Salas distintas de la Sala Social de los TSJ o del TS.

— Las sentencias no dictadas en suplicación por la Sala Social de los TSJ.

2.3 Firmeza de la sentencia

Sentencias firmes son aquellas contra las que no cabe recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley (art. 245.3 LOPJ y 207.2 LEC). De acuerdo con el artículo 221.3 LRJS, «Las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso». Por si había alguna duda, un poco más adelante, el artículo 224.3 LRJS reitera: «Las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso». Y, ya en relación con los requisitos formales relativos a la aportación efectiva de la sentencia de contraste a los autos, el artículo 224.4 LRJS contempla también: «Con el escrito de interposición, de no haberse aportado con anterioridad, podrá hacerse aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias, acreditando su firmeza en la fecha de expiración del plazo de interposición, o con certificación posterior de que ganó firmeza dentro de dicho plazo la sentencia anteriormente aportada. Si la parte recurrente no aporta la certificación de la sentencia y de su firmeza en tiempo oportuno se reclamará de oficio por la secretaría de la Sala».

La LRJS viene así a reconocer, por triplicado, la necesidad de que la sentencia de contraste cumplimente este requisito formal, largamente cuestionado durante la vigencia de la LPL, pues el mismo no se hallaba previsto en dicha norma, sino que fue el resultado de la elaboración jurisprudencial y del refrendo del TC ²³⁶. Y lo hace, además, fijando claramente el momento en el que dicha firmeza

²³⁵ Vid. MOLINER TAMBORERO, G., *La Ley Reguladora...*, op. cit., p. 7; MARTÍN VALVERDE, A., *Artículo 219...*, op. cit., p. 1226.

²³⁶ Doctrina a la que, de acuerdo con el TC, «... ningún reproche cabe hacerle desde la perspectiva constitucional...» [SSTC 88/1997, de 5 de mayo, 132/1997, de 15 de julio y STC 251/2000, de 30 de octubre]. Vid. ampliamente sobre la evolución jurisprudencial: MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación Laboral...*, op. cit., pp. 200 ss.; JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 149. Vid. GÓMEZ GARRIDO, L. M.^a, *Doctrina del TC relativa al proceso social (1981-2013)*. Proyección en la nueva LRJS, Aranzadi, 2014, p. 162.

debe concurrir, extremo sobre el que pivotó gran parte de la problemática planteada en relación a este aspecto al tiempo de la LPL, al que se añadía entonces que la sentencia de contraste debía de ser de fecha anterior a la recurrida²³⁷.

En efecto, el TS, al amparo de la LPL, tras algunas vacilaciones, señaló finalmente, en términos generales, «... la firmeza de la sentencia de contraste ha de haberse producido antes de la publicación de la recurrida»²³⁸. Así como también, que carecían de valor para servir de base a la contradicción las sentencias que fueran de fecha posterior a la recurrida (lo que en realidad venía a ser casi lo mismo)²³⁹.

La LRJS amplía un poco más el margen temporal para que la sentencia de contraste adquiera firmeza, permitiendo que esta se alcance durante la tramitación del recurso, si bien no más allá del plazo fijado para la presentación del escrito de interposición. Y, por su parte, la STS 29 de septiembre de 2014 (R. 3065/2013), termina definitivamente con la exigencia de que la sentencia de contraste sea, además de firme, de fecha anterior a la recurrida: en el caso, la sentencia de contraste era posterior, pero como ganó firmeza antes del último día de plazo de interposición, es considerada idónea²⁴⁰.

La justificación última de la exigencia de firmeza es que solo una sentencia firme ha creado efectivamente doctrina susceptible de ser comparada, lo que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica; sin perjuicio, además, de que, en otro caso, el criterio fijado en la resolución no firme podría llegar a ser modificado por una u otra razón, por lo que, no existiendo tal criterio, no habría referente para la contradicción ni necesidad de unificación de doctrina²⁴¹.

Conviene, no obstante su posible obviedad, recordar que dicho requisito se va a cumplir siempre por sentencias de determinados Tribunales por no ser las mismas susceptibles de recurso, pero, en cambio, sí puede afectar a algunas

²³⁷ Vid. PALOMO BALDA, E., *Comentario al artículo 219...*, op. cit., p. 1468; GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», op. cit., p. 1848; AGUSTÍ JULIÁ, J., *Del Recurso de Casación...*, op. cit., p. 794; MOLERO MARAÑÓN, M.^ª L., *El Recurso de Casación*, op. cit., pp. 71 ss.; MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación Laboral...*, op. cit., pp. 200 ss.; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, op. cit., p. 522.

²³⁸ Cfr. STS de 13 de marzo de 2007 (R. 768/2006), y las que allí se citan.

²³⁹ Vid. SSTS de 8 de marzo de 93 (R. 29/1992), 6 de junio de 2007 (R. 5280/2005), 17 de diciembre de 2007 (R. 5549/2005).

²⁴⁰ Cfr: «Recurren dos de las demandantes y ofrecen como sentencia de contraste la dictada el 16 de julio de 2013 por el T. S. J. de Extremadura, de fecha posterior a la de la recurrida, pero que alcanzó firmeza antes de expirar el plazo de interposición del presente recurso lo que permite considerar su aportación comprendida en los límites establecidos en el artículo 221.3 de la L. J. S. que vino a modificar la exigencia anterior a su entrada en vigor de que las sentencias sobre las que se apoya la contradicción fueran de fecha anterior a la recurrida».

²⁴¹ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., *Artículo 219...*, op. cit., p. 1227; MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación Laboral...*, op. cit., p. 199; MONTROYA MELGAR, A., y otros, *Curso...*, op. cit., p. 463; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *El Recurso...*, op. cit., p. 156.

sentencias de otros. De este modo, el requisito de firmeza se verifica siempre por las sentencias siguientes:

a) Sentencias del TS, en cuanto que dicho Tribunal «... es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE).

b) Sentencias del TC, dado que «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas» (art. 164.1 CE).

Sin embargo, no cabe decir lo mismo de todas las sentencias de los demás Tribunales que también pueden servir para la contradicción. Así, el requisito de firmeza puede afectar a las siguientes:

a) Sentencias de suplicación de los TSJ, frente a las que cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS (art. 218 LRJS).

b) Sentencias del TEDH, habida cuenta que dicho Tribunal, sin perjuicio de las diferencias existentes en el procedimiento según sea instado por particulares o por partes contratantes, admite diversas formaciones con competencia para dictar sentencias, siendo algunas de tales sentencias susceptibles de ser remitidas (recurridas), de acuerdo con lo dispuesto en RPTEDH, y, en consecuencia, no firmes mientras se encuentran en dicha fase. Así, el TEDH puede actuar:

— Como Juez único: al que se consignan aquellos asuntos que se consideran inadmisibles sin necesidad de otro examen (art. 27 CEDH).

— Comité de tres jueces: si se entiende que se trata de un caso repetitivo, esto es, sobre el que el Tribunal ya se ha pronunciado previamente, el examen del mismo se atribuirá a un Comité de tres jueces, los cuales, no obstante, pueden declarar la demanda admisible, o declararla admisible y dictar al mismo tiempo sentencia sobre el fondo si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal (art. 28 CEDH).

— Sala de siete jueces: es la formación que conoce de los asuntos que no se entienden repetitivos. Igualmente puede decidir la inadmisión de la demanda o sobre el fondo del asunto (art. 29 CEDH).

— Gran Sala de 17 jueces: ninguna demanda se somete directamente al conocimiento de la Gran Sala. Dicha formación solo conoce por inhibición en su favor de una Sala al considerar esta que el asunto reviste especial trascendencia; o por remisión (recurso) (art. 30 CEDH).

El resultado es el como sigue:

- El Juez único solo puede dictar decisiones de inadmisión.
- El Comité y las Salas pueden dictar decisiones de inadmisión y sentencias.
- La Gran Sala solo dicta sentencias.

Y la recurribilidad de tales resoluciones viene a ser:

- Las decisiones de inadmisión dictadas por las formaciones de Juez único, Comité y Sala son definitivas, esto es, no recurribles.
- Las sentencias dictadas por un Comité son también definitivas y no recurribles.
- Las sentencias de Gran Sala son definitivas y frente a ellas no cabe recurso (art. 44 CEDH)
- Sin embargo, una sentencia de Sala puede ser remitida ante la Gran Sala dentro de los tres meses siguientes a su pronunciamiento, de manera que solo será definitiva cuando: las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala; no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia; o el colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión formulada (art. 44 CEDH). De donde resulta que mientras la sentencia de Sala no sea definitiva, no será idónea para ser utilizada como sentencia de contraste en el RCUD por no reunir el requisito de firmeza. Así lo ha entendido el ATS de 18 de junio de 2019 (R. 3463/2018), que inadmitió el RCUD por falta de idoneidad de la sentencia de contraste dictada por el TEDH, al no tener esta carácter definitivo en los términos del artículo 44.2.b) en relación con el artículo 43 CEDH, por haberse remitido el asunto ante la Gran Sala dentro del plazo de tres meses y haber sido este aceptado.

c) Sentencias del TJUE. En este caso debe diferenciarse en atención al órgano jurisdiccional del que procede la sentencia. De este modo:

- Las sentencias del TJ cumplen siempre con el requisito de firmeza ya que las mismas son obligatorias desde el día de su pronunciamiento, no siendo susceptibles de recurso (art. 91.1 RPTJ).
- Sin embargo, frente a las sentencias del TG cabe la interposición de recurso de casación ante el TJ en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución impugnada (arts. 167 ss. RPTJ y art. 56 del Protocolo núm. 3 Anexo al TFUE), así como también se puede interponer recurso de casación ante el TJ contra las sentencias dictadas por el TFP (arts. 192 ss. RPTG).

En consecuencia, las sentencias del TG y del TFP no son idóneas desde su dictado, sino solo una vez alcancen firmeza, por lo que solo entonces serán aptas como sentencia de comparación.

Volviendo al cumplimiento del requisito de firmeza de la resolución, hay que señalar que una sentencia firme lo es en atención al sistema de recursos establecido con carácter ordinario en su marco jurisdiccional, con independencia de los recursos extraordinarios que quepa interponer contra la misma dentro de ese marco o fuera de él. Así, por ejemplo, la firmeza de una resolución nacional se mantiene durante la tramitación de una demanda de revisión o de un recurso de amparo ante el TC; lógicamente la sentencia perdería su idoneidad si se revisa por el TS o se anula por el TC²⁴².

En relación al cómputo de los plazos, como caso límite, se ha admitido por el TS la idoneidad de una sentencia para el contraste siempre que la firmeza de la misma se adquiriera hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición del recurso de casación unificadora, efectuando una interpretación flexible del requisito de firmeza a partir de lo dispuesto en los artículos 45.1 LRJS y 135.5 LEC sobre la presentación de escritos sujetos a plazo²⁴³.

También se plantea el alcance del dictado de un auto de aclaración, rectificación, subsanación o complemento respecto de sentencias susceptibles de recurso a los efectos de la firmeza, entendiéndose que en tal caso la firmeza se produciría con el transcurso del plazo para recurrir tras el dictado del auto correspondiente, siempre que el mismo no tuviera ánimo meramente dilatorio (art. 267.9 LOPJ y art. 215.5 LEC)²⁴⁴.

Un supuesto peculiar lo constituyen las sentencias solo recurridas parcialmente pues, tal vez, pudiera entenderse que en la parte no recurrida son firmes y alegables para la contradicción. Sin embargo, no ha sido este el criterio sostenido por el TS, ya que, no obstante el recurso solo cuestione parte de la resolución, se considera que esta debe entenderse como una unidad, y el devenir del proceso puede dar lugar a resultados imprevisibles que afecten a toda ella (por ejemplo, la declaración de nulidad de actuaciones). En esa medida, se ha dicho que la sentencia parcialmente recurrida no es hábil para la contradicción. Esto es, «... No cabe pues en puridad, hablar de una sentencia parcialmente firme»²⁴⁵.

²⁴² Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 524.

²⁴³ Vid. STS de 5 de febrero de 2013 (R. 956/2012).

²⁴⁴ Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 523.

²⁴⁵ Cfr. STS de 24 de enero de 2002 (R. 4875/2000). Vid. STS de 13 de marzo de 2007 (R. 768/2006).

Por último, debemos referirnos a una cuestión formal sobre la acreditación de la firmeza de la sentencia recurrida, atinente a aquellas resoluciones en las que la misma es certificada por el órgano judicial de procedencia, lo que afecta en su mayor parte a las sentencias de los TSJ. En la práctica se ha detectado en la tramitación de los RCU que en algunos casos la certificación de sentencia llevada a cabo por la Secretaría correspondiente es errónea, dando fe de la firmeza cuando la indicada resolución se encuentra recurrida ante el TS. Para solventar los diversos problemas que dicha situación podía plantear, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006, vino a establecer los criterios siguientes:

— Cuando se citen varias sentencias en preparación y el recurrente haya optado en la interposición por la que finalmente resulta que no es firme, la comparación se realiza con la más moderna de las restantes.

— Si se cita una sola sentencia (la que luego resulta que no es firme), se reponen las actuaciones al momento inmediatamente posterior al de presentación del escrito de interposición del recurso para que el recurrente elija otra sentencia firme, que la Sala, por razones de economía y celeridad, tendrá como designada en el escrito de preparación; y amplíe el escrito de interposición exclusivamente en relación con la nueva sentencia, explicando en debida forma tanto la concurrencia de la contradicción como la infracción legal producida.

Téngase en cuenta que la solución apuntada tiene efectos solo en caso de sentencia inexactamente certificada como firme por el propio órgano judicial que la emite, ello porque se entiende que dicho error condiciona el recurso de la parte, repercutiendo el mismo en la selección de la sentencia de contraste, lo que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pero no es trasladable a otros supuestos; en concreto, no es de aplicación cuando el error sobre la firmeza es imputable solo a la propia parte.

2.4 Sentencia no casada ni anulada o revocada

Para ser idónea como sentencia de contraste en el RCU no basta que una resolución ponga fin a un proceso con forma de sentencia, haya sido dictada por un Tribunal de los que prevé la LRJS y sea firme en el momento que la Ley exige, es necesario, además, que la misma perviva y su contenido mantenga su vigencia.

Esta condición afecta a sentencias de TSJ que hayan sido casadas y anuladas, pues es doctrina reiterada del TS que las mismas carecen de virtualidad como sentencia de contraste. Ello porque al ser casada por el TS una sentencia dictada por un órgano judicial inferior, esta queda anulada y pierde todo valor. Por tanto, la alegación de una sentencia de contraste de tales características no cumple los requisitos del artículo 219 LRJS, pues no puede producirse ninguna contradicción entre sentencias cuando falta uno de los términos de comparación, que es el objeto que cumple la sentencia referencial, en este caso, inexistente²⁴⁶. «La falta de eficacia de las sentencias casadas a este respecto ha sido establecida de manera reiterada por numerosas resoluciones de esta Sala..., lo cual... es totalmente razonable y acertado pues al ser casada por el Tribunal Supremo una sentencia dictada por un órgano judicial inferior, ésta queda anulada y pierde todo valor y eficacia (siendo sustituida por la que con respecto a tal asunto pronuncie el Tribunal Supremo)»²⁴⁷.

Criterio que, en segundo lugar, es trasladable, en cada ámbito, a las sentencias susceptibles de recurso que hayan sido casadas y/o anuladas o revocadas por el correspondiente Tribunal, lo que podría suceder con las sentencias dictadas por el propio TS que han sido anuladas por él mismo o por el TC; las sentencias de las Salas del TEDH revocadas por la Gran Sala, sentencias del TG o del TFP casadas por el TJ...²⁴⁸.

De acuerdo con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2006, la sentencia de suplicación que en su día fue recurrida en casación unificadora, es hábil como contradictoria solo después de alcanzar firmeza y solo respecto de aquellos pronunciamientos que se mantuvieron inalterados en casación.

Un supuesto peculiar sobre este aspecto lo constituye el tratado por la STS de 23 de octubre de 2008 (R. 1281/2007), que considera válida para la contradicción una sentencia de suplicación no obstante fuera dejada posteriormente sin efecto por el auto que aprobaba la transacción entre las partes. Razona al efecto el TS que, en definitiva, el auto no anula ni revoca la sentencia de contraste, sino que se ha limitado a sustituir la misma por lo acordado entre

²⁴⁶ Vid. MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación Laboral...*, op. cit., p. 198.

²⁴⁷ Cfr. STS de 19 de diciembre de 2017 (R. 30/2017). Vid. también, SSTS 19 de julio de 1999 (R. 3349/1998), 10 de enero de 2017 (R. 4255/2015), 9 de febrero de 2017 (R. 2718/2015), entre otras; y AATS de 1 de febrero de 2017 (R. 644/2016), 12 de abril de 2018. (R. 3421/2017), 24 de enero de 2019 (R. 4591/2017). Vid. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2006.

²⁴⁸ Vid. PALOMO BALDA, E., *Comentario al artículo 219...*, op. cit., p. 1468.

los litigantes, lo que equivale exclusivamente a una privación de efectos; pero esa pérdida de eficacia no es anulación ni casación, por lo que no elimina el contenido doctrinal de la sentencia, y ese contenido está dotado de la consistencia necesaria para entrar en un juicio de contradicción²⁴⁹.

3. LA SENTENCIA DE CONTRASTE EN EL PROCEDIMIENTO

Siendo el RCU un recurso cuya finalidad última es evitar la discrepancia doctrinal entre determinadas resoluciones, como se ha dicho, la sentencia de contraste es, sin duda, elemento indispensable en el mismo, pues es su presencia la que permite efectuar el juicio de su contradicción con la recurrida y justifica que, llegado el caso, la Sala deba conocer el asunto planteado y dictar una sentencia que contenga la buena doctrina. Para todo ello es necesario que la sentencia de contraste cumpla determinados requisitos que la hagan idónea para la comparación: son los analizados en el número anterior, pero también es preciso que dicha sentencia sea oportuna y convenientemente llevada al proceso: de esto vamos a tratar en los apartados que siguen.

3.1 Necesidad de alegar siempre sentencia de contraste idónea

El RCU es un recurso extraordinario en un proceso regido por el principio de justicia rogada²⁵⁰, lo que en relación con la sentencia de contraste viene a suponer que corresponde al recurrente desarrollar todas las actividades que sean necesarias para asegurar su presencia en los autos, esto es, la localización de la sentencia de contraste, su adecuada aportación al proceso²⁵¹ y, en fin, llevar al convencimiento del Tribunal de la existencia, en el caso, de los presupuestos del recurso (contradicción y necesidad de unificación doctrinal)²⁵².

Para la búsqueda y selección de la sentencia de contraste la parte debe acudir a los diarios oficiales y/o bases de datos que las recopilan. Así, en principio, las sentencias de los Tribunales aptas para la contradicción pueden encontrarse en las páginas Web abiertas y gratuitas que dichas entidades ofre-

²⁴⁹ En el mismo sentido, ATS de 5 de marzo de 2014 (R. 1015/2013). *Vid.* SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 523.

²⁵⁰ *Vid.* STS de 12 de noviembre de 2015 (R. 182/2014).

²⁵¹ *Vid.* MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación...*, *op. cit.*, p. 188.

²⁵² *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V., *El Recurso de Casación...*, *op. cit.*, p. 96.

cen: el TS (Social) y los TSJ (Social)²⁵³, el TC²⁵⁴, el TEDH²⁵⁵ y el TJUE²⁵⁶; a las que se añaden otras bases de datos comerciales, también adecuadas para la identificación.

Cuestión distinta es que lo recogido en tales bases sea la totalidad de las resoluciones dictadas por dichos organismos, extremo especialmente conflictivo todavía en lo que a las sentencias de TSJ (Social) se refiere, las cuales, sin perjuicio de que en su mayor parte se encuentren en la base de datos que ofrece el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial que se encarga de la publicación oficial, entre otros, de la doctrina de los Tribunales españoles, sin embargo, por distintas razones, a la fecha, todavía no es posible encontrar en la misma todas las sentencias dictadas por los TSJ, así como tampoco, y no es un tema menor, la indicación de su firmeza.

Es especialmente relevante por sus repercusiones de orden práctico tener en cuenta que la alegación por la parte recurrente de sentencia de contraste idónea en su esencia en cada motivo de recurso es necesaria siempre y en todo caso, esto es, sea cual sea la solicitud que se efectúe al TS (incluso si se pretenden cuestiones que la Sala puede analizar de oficio, como es el caso de la manifiesta falta de competencia objetiva, la competencia funcional o la competencia internacional).

En efecto, a la necesidad de que por el recurrente se alegue sentencia de contraste idónea sea cual sea el carácter de su motivo de recurso, y cumpla todos y cada uno de los requisitos procesales relacionados con la misma (incluyendo los referidos al contenido de los escritos de preparación e interposición del recurso), no obsta que la Sala IV, ante determinadas cuestiones que afectan al orden público procesal, pueda analizar de oficio la concurrencia o no de tales cuestiones (y con independencia de la existencia o no de contradicción). A este respecto debe citarse, por todas, la STS 05 de junio de 2018 (R. 3839/2016), que inadmite el RCU por no cumplirse los requisitos de idoneidad de la sentencia de contraste (falta de firmeza), incluso en un supuesto apreciable de oficio: «...la cuestión controvertida versa sobre la competencia funcional que, como hemos dicho reiteradamente, la Sala puede apreciar de oficio sin necesidad de que concurra la plena contradicción exigida en el artículo 219 LRJS. Ahora bien, ello no exime de la necesidad de alegar y aportar sentencia de contraste idónea. En efecto, lo que no puede hacer el recurrente

²⁵³ Vid. <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

²⁵⁴ Vid. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/default.aspx>

²⁵⁵ Vid. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=>

²⁵⁶ Vid. <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

es, con la excusa de que la cuestión es apreciable de oficio y la contradicción es irrelevante, no aportar sentencia de contraste... Ya en el Acuerdo no jurisdiccional de junio de 2011, la Sala estableció que en los casos de falta de competencia funcional, pese a no ser necesaria la contradicción ni relevante por ello la sentencia de contraste conforme doctrina reiterada, ello no puede llegar al extremo de ni siquiera aportarla como ya había ocurrido. Así que, en estos casos hay que exigir siempre la aportación de sentencia de contraste, y si no se aporta, será causa de inadmisión esa falta de aportación. Sentencia de contraste que hay que entender idónea, esto es, que aunque materialmente pudiera no ser contradictoria... Y además, debe ser firme, según se ha explicado con anterioridad...».

Desde esta consideración es como debe ser entendida la referencia, aparentemente contradictoria, que se hace en algunos pronunciamientos de la Sala IV a que...«salvo supuestos excepcionales vinculados con la competencia funcional de la Sala o a la falta de jurisdicción, en los temas procesales también rige la exigencia de la contradicción previa que el artículo 219 LRJS fija como presupuesto de admisión de todo recurso de casación unificadora, en tanto que signo definidor de su naturaleza especial...»²⁵⁷.

Se trata, por otro lado, de una exigencia plenamente coherente con el carácter extraordinario del recurso, en el que adquiere especial relevancia el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos formales del mismo, tanto los que afectan a la entidad de la propia sentencia como los relativos al procedimiento.

3.2 La sentencia de contraste en la preparación del recurso

La alegación de sentencia de contraste por motivo de recurso debe efectuarse desde el inicio del planteamiento de este. Esto es, ya en el escrito de preparación debe ponerse de manifiesto la sentencia contradictoria²⁵⁸. Lo exige expresamente el artículo 221.4 LRJS, porque, a su tenor: «Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición»²⁵⁹.

²⁵⁷ Vid. por todas, SSTS de 5 de marzo de 2018 (R. 1295/2016), 15 de marzo de 2018 (R. 1295/2016). Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 539.

²⁵⁸ Vid. DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación...», *op. cit.*, p. 723.

²⁵⁹ Vid. AA. VV., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 364; GARCÍA MURCIA, J., *El recurso de casación...*, *op. cit.*, p. 144.

Y lo viene reclamando el TS en jurisprudencia sin fisuras: «...de conformidad con lo que disponen los artículos 221.4 y 224.3 LRJS la parte recurrente debe identificar en preparación la sentencia o sentencias que considera contradictorias con la recurrida, sin que puedan ser válidamente invocadas en el escrito de interposición las sentencias que no hayan cumplido previamente dicho requisito. Así lo establece la doctrina reiterada de esta Sala, (por todas SSTs de 28 de diciembre de 2014, rcud. 2810/2012, de 17 de junio de 2013, rcud. 2829/2012) según la cual las únicas sentencias que sirven para acreditar la contradicción son las previamente citadas en el escrito de preparación, careciendo de idoneidad para actuar como sentencias de contraste las resoluciones que no hayan sido mencionadas en el referido escrito»²⁶⁰.

Con todo, en el escrito de preparación es posible (y en ocasiones, aconsejable), la cita de diversas sentencias contradictorias por motivo de recurso, no siendo necesario todavía en este trámite la identificación de una sentencia única (lo que sí tendrá lugar más adelante, en la interposición)²⁶¹.

Junto a la indicación de la sentencia o sentencias contradictorias por motivo de recurso, la LRJS exige en su artículo 221.2.a) «Exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos».

Sobre el alcance de dicho precepto y su plasmación práctica en el escrito de preparación del recurso hay que tener en cuenta que la Sala IV ha definido el núcleo de la contradicción como «la determinación del alcance y sentido de la divergencia de las sentencias comparadas». Y ha entendido que la exposición sucinta no es, desde luego, la relación precisa y circunstanciada de la contradicción que exige para la interposición el artículo 224 LRJS, pero tampoco se identifica con una mera afirmación de que la contradicción existe, sino que debe mostrarse su realidad haciéndola visible. Esta puesta de manifiesto de la contradicción no implica el análisis comparativo de las identidades, lo que es propio de la formalización del recurso, pero sí exige la identificación del núcleo básico de la contradicción, y de las sentencias respecto de las cuales esta se produce. En suma, se trata de un requisito formal, que se cumplimenta

²⁶⁰ Cfr. STS de 21 de febrero de 2018 (R. 842/2016). *Vid.* también STS de 5 de mayo de 2016 (R. 3494/2014); y, por todos, AATS de 23 de octubre de 2019 (R. 143/2019) y 19 de noviembre de 2019 (R. 762/2019).

²⁶¹ *Vid.* GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», *op. cit.*, p. 1860.

afirmando la contradicción y exponiendo el sentido de esta sin necesidad del detalle propio del escrito de interposición del recurso²⁶².

Ambos, la cita de sentencia de contraste y la exposición del núcleo de la contradicción determinando el sentido y alcance de la divergencia entre las resoluciones comparadas, son requisitos ineludibles, y su incumplimiento constituye un defecto procesal insubsanable determinante de la inadmisión del recurso en el propio trámite de preparación (art. 222.2 LRJS), según criterio reiterado del TS, confirmado por el TC: «... Por otra parte, hay que señalar que el incumplimiento de tales requisitos constituye un defecto procesal insubsanable y se trata de «una omisión injustificada imputable a quien prepara el recurso en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad del procedimiento, al retrasar, también de forma injustificada, la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable...». Hay que advertir, además, que sobre tal interpretación se pronunció el Tribunal Constitucional, declarando en auto 260/1993, de 20 de julio, que este criterio no era contrario al artículo 24 de la Constitución, «sino más bien impecable desde el punto de vista constitucional y legal». Doctrina que reiteró en la STC 111/2000, de 5 de mayo»²⁶³.

Por último, téngase en cuenta que este requisito viene a admitir dos variantes según el momento en el que su carencia se ponga de manifiesto, determinantes ambas de la inadmisión: a) que en el escrito de preparación no se contenga referencia a ninguna sentencia de contraste para el correspondiente

²⁶² *Vid.*, por todos, STS de 31 de enero de 2019 (R. 2540/2016), y AATS de 21 de mayo de 2013 (R. 15/2013), 14 de mayo de 2013 (R. 10/2013), 10 de septiembre de 2019 (R. 30/2019)

²⁶³ *Cfr.* STS de 5 de mayo de 2016 (R. 3494/2014). *Vid.*, por todos AATS de 3 de abril de 2018 (R. 89/2017), 1 de octubre de 2019 (R. 38/2019).

Al respecto se ha indicado, más en concreto: «... aunque el art. 230.5.d) LRJS señala que el «secretario judicial concederá a la parte recurrente, con carácter previo a que se resuelva sobre el anuncio o preparación, un plazo de cinco días para la subsanación de los defectos advertidos, si el recurrente hubiera incurrido en defectos consistentes en: (...) d) Falta de acreditación o acreditación insuficiente de la representación necesaria o de cualquier requisito formal de carácter subsanable necesario para el anuncio o preparación» de lo que podría deducirse que el no citar en el escrito de preparación sentencia de contraste ni identificar el núcleo de la contradicción supondría un defecto subsanable, dicho precepto hay que ponerlo en relación con el art. 225.4 LRJS, que considera como causa de inadmisión «el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso», siendo precisamente la cita de sentencia de contraste y la determinación del núcleo de la contradicción requisitos procesales absolutamente necesarios para preparar el recurso de casación para la unificación de doctrina [art. 221.2.a) LRJS], y por lo tanto, el defecto consistente en no citar sentencia ni concretar el núcleo de la contradicción es un defecto insubsanable, que conlleva la inadmisión del recurso, como así ha determinado el auto ahora recurrido en queja». [Cfr. ATS de 3 de abril de 2018 (R. 89/2017). *Vid.* ATS de 13 de septiembre de 2016 (R. 75/2015)].

motivo y/o no se exponga el núcleo de la contradicción; y b) que en el escrito de interposición se acoja por la parte una sentencia que no fue previamente alegada para el motivo en cuestión en el de preparación. En los dos casos la Sala IV inadmitirá el motivo por «defecto en la preparación del recurso»²⁶⁴ o por «falta de idoneidad de la sentencia de contraste por no estar citada en el escrito de preparación»²⁶⁵.

3.3 La sentencia de contraste en la interposición del recurso

Es la propia parte recurrente la que está obligada a probar en el caso el cumplimiento de los presupuestos del RCUD (contradicción entre sentencias y necesidad de unificación doctrinal)²⁶⁶; y a este fin se encaminan las exigencias contenidas en el artículo 224.1 LRJS, del que a los efectos de nuestro análisis interesa especialmente el apartado a), de acuerdo con el cual, será necesario efectuar «Una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219». Sin perjuicio de lo que seguidamente prevé el apartado b), en relación con la infracción legal y el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia por la sentencia recurrida, completando la conformación del RCUD.

De este modo, el recurrente en el escrito de interposición del RCUD, de acuerdo con el artículo 224.1.a) LRJS, en lo que aquí nos interesa, deberá efectuar una relación precisa y circunstanciada de la contradicción que alega, poniendo de manifiesto al Tribunal la concurrencia de las identidades que señala el artículo 219 LRJS, y argumentando sobre la sustancial contradicción de las sentencias.

Sin pretender entrar en el detalle de lo que para la parte supone efectuar el juicio de contradicción (remitiéndonos para ello a lo tratado en otros apartados de la obra), baste indicar que el TS viene razonando al respecto: «Este requisito exige una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que,

²⁶⁴ Vid., por todos, AATS de 16 de enero de 2020 (R. 2790/2019).

²⁶⁵ Vid., por todos ATS de 11 de diciembre de 2019 (R. 1515/2019).

²⁶⁶ Vid. CAMPOS ALONSO, M. A., *El Recurso de Casación...*, op. cit., EDERSA, Tomo XIII, vol. 2.º, 1990, p. 1479; CAMPOS ALONSO, M. A., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 53; MONTERO AROCA, J. y otros, *Comentarios...*, op. cit., p. 1211

aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas... La finalidad y fundamento de esta exigencia... es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que ésta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos. El análisis o argumento de contradicción ha de consistir, no ya y no solo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal, sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento. La comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada. El análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito»²⁶⁷.

Según el artículo 225.4 LRJS es causa de inadmisión el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para interponer el recurso, siendo criterio jurisprudencial reiterado que el incumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 224.1.a) LRJS de efectuar la parte una relación precisa y circunstanciada de la contradicción constituye un defecto insubsanable, determinante de la inadmisibilidad del motivo²⁶⁸.

Dicha relación precisa y circunstanciada se deberá llevar a cabo en cada punto de contradicción. Pero teniendo muy presente que: «Sólo podrá invocarse una sentencia por cada punto de contradicción, que deberá elegirse necesariamente de entre las designadas en el escrito de preparación y ser firme en el momento de la finalización del plazo de interposición» (art. 224.3 LRJS).

La necesidad de concretar en fase de interposición una única sentencia por motivo de recurso (si fueron varias la alegadas en el escrito de prepara-

²⁶⁷ Cfr. STS de 20 de diciembre de 2018 (R. 1055/2017). *Vid.* por todos, SSTS de 21 de junio de 2018 (R. 2602/2016), 11 de septiembre de 2019 (R. 2775/2017); AATS de 13 de febrero de 2019 (R. 3959/2018), 29 de octubre de 2019 (R. 1166/2019).

²⁶⁸ *Vid.*, por todos, SSTS de 21 de junio de 2018 (R. 2602/2016), 20 de diciembre de 2018 (R. 1055/2017), 11 de septiembre de 2019 (R. 2775/2017); AATS de 13 de febrero de 2019 (R. 3959/2018), 29 de octubre de 2019 (R. 1166/2019).

ción), significa la plasmación en la norma legal de un requisito que fue muy tempranamente fijado por la jurisprudencia dictada bajo la vigencia de la LPL²⁶⁹, también corroborado por el TC²⁷⁰, y objeto de crítica doctrinal²⁷¹. No obstante, su justificación sigue siendo válida a la fecha, pues es claro que si la contradicción existe respecto de una sentencia, ya no son necesarias otras; y, desde otro punto de vista, ello supone que la parte cumple presentando una única sentencia, no siendo preciso que la contradicción se acredite respecto de varias. Sin perjuicio de que, además, de este modo la labor del TS queda perfectamente delimitada por el recurrente, a quien corresponde en un proceso con dualidad de partes; y, en esa medida, facilitada, lo que también redundaría en beneficio de la agilidad del proceso²⁷². La «Ley Reguladora de la Jurisdicción Social viene así a recoger el criterio sostenido por esta Sala Cuarta al amparo de la normativa anterior [criterio que se inició en la sentencia de 18 de diciembre de 2013 (rcud 2566/2012) y se siguió por otras muchas posteriores estando vigente la Ley de Procedimiento Laboral], según el cual la alegación de sentencias contradictorias en número decidido por la sola voluntad de la parte es contraria a los principios en que se sustenta el proceso laboral, y en particular, al principio de celeridad»²⁷³.

En consecuencia, el recurso puede versar sobre un único motivo (existencia de grupo empresarial) o sobre motivos diversos (incongruencia de la sentencia recurrida, existencia de relación laboral, existencia de grupo de empresas laboral...), y solo es admisible una sentencia referencial por cada motivo planteado. No obstante, son varias las cuestiones que surgen a propósito de la exigencia de cita de una sentencia única por motivo:

En primer término, proponer en el escrito de interposición diversas sentencias de contraste para un motivo es un requisito subsanable. Consecuentemente, si fueron varias las sentencias citadas, la Sala procede a requerir a la parte para que seleccione una única por motivo, apercibiéndola de que de no verificarlo en el plazo que se le concede al efecto, el Tribunal podrá tener por

²⁶⁹ Dicho requisito se fijó en el ATS, de Pleno, de 15 de marzo de 1995, siendo seguido luego por numerosas sentencias, entre ellas, SSTS de 7 de febrero de 1996 (R. 1637/1995) y 17 de abril de 1996 (R. 3078/1995). Vid. CAMPOS ALONSO, M. A., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 53; GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», op. cit., p. 1865; MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *El Recurso de Casación*, op. cit., pp. 567 ss.

²⁷⁰ Vid. SSTS 89/1998, de 21 de abril, 68/2000, de 13 de marzo y 226/2002, de 9 de diciembre. Vid. GÓMEZ GARRIDO, L. M.^a, *Doctrina del TC...*, op. cit., 2014, p. 161.

²⁷¹ Vid., por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C., *El Recurso...*, op. cit., p. 158.

²⁷² Vid. DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación...», op. cit., p. 760.

²⁷³ Vid., entre otras muchas, SSTS de 18 de diciembre de 2013 (R. 2566/2012) y 26 de octubre de 2016 (R. 1382/2015) y AATS de 24 de septiembre de 2019 (R. 4205/2018) y 9 de enero de 2020 (R. 2133/2019).

seleccionada la sentencia más moderna de las alegadas que también hubiera sido referenciada en el escrito de preparación.

Una práctica errónea llevada a cabo en ocasiones por el recurrente, reconducible a la exigencia de un núcleo de contradicción y una sentencia por núcleo de contradicción, es la denominada por el TS «descomposición artificial de la controversia»²⁷⁴. Se produce cuando la parte, dividiendo el significado unitario de la pretensión, trata de introducir varios temas de contradicción para poder designar otras tantas sentencias de contraste (por ejemplo, la existencia de grupo de empresas es, principio, un motivo único, suponiendo descomposición artificial plantear un motivo por cada uno de los presupuestos que concurren para determinar su presencia²⁷⁵). El TS dice al respecto: «Tal proceder es inadecuado, según la doctrina de esta Sala, porque no puede desconocerse la unidad de la cuestión debatida para introducir diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión (como la jurisdicción, la caducidad o el problema de fondo), que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario.»²⁷⁶ Como en el supuesto anterior, si la Sala detecta esta actuación errónea, lo pondrá de manifiesto al recurrente para que seleccione una única sentencia, con los mismos apercibimientos²⁷⁷.

Es también necesario que exista correspondencia entre el escrito de preparación y el de interposición, no pudiendo variarse en el de interposición el núcleo o núcleos alegados en la preparación y las sentencias indicadas para ellos. Esto es, el núcleo de contradicción tal como fue planteado en la preparación del recurso debe mantenerse en la interposición junto con la correspondiente sentencia de contraste también allí citada. El TS señala a este respecto: «Es doctrina de la Sala que el núcleo de la contradicción expuesto en el escrito de preparación vincula inexcusablemente el posterior desarrollo de la formalización... La parte no puede alterar en su escrito de interposición del recurso los datos exigidos en la identificación de la contradicción producida en la senten-

²⁷⁴ Vid. AA. VV., *Sistema...*, op. cit., p. 364; DESDENTADO BONETE, A., 24. *La casación...*, op. cit., p. 723.

²⁷⁵ Vid. STS de 26 de noviembre de 2019 (R. 1633/2017).

²⁷⁶ Cfr. STS, de 27 de noviembre de 2019 (R. 430/2018).

²⁷⁷ Vid. por todos, SSTS, de 3 de abril de 2012 (R. 956/2011) y 2 de octubre de 2012 (R. 3280/2011), 28 de noviembre de 2018 (R. 3396/2016); AATS de 6 de abril de 2017 (R. 775/2016), 12 de junio de 2018 (R. 282/2018).

cia dictada, a exponer de modo sucinto en la preparación y a desarrollar después en su formalización del recurso»²⁷⁸.

La indicada falta de correlación de los escritos supone, a la postre, defecto en la preparación del recurso, no subsanable, determinante de la inadmisión del motivo, ya que de acuerdo con lo previsto en el artículo 221.2.a) LRJS el escrito de preparación del recurso deberá exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos²⁷⁹.

3.4 Identificación y aportación de la sentencia de contraste

Según exige el artículo 221.2.b) LRJS, es también obligación del recurrente, a cumplimentar ya en el inicial escrito de preparación del recurso: «Hacer referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción.» Esto es, se trata de señalar claramente al Tribunal cuál es la sentencia alegada de contraste para el motivo que se plantea, de manera que no pueda existir ninguna duda acerca de la resolución de que se trata (Tribunal, Sala, fecha, número de recurso o de asunto, número de sentencia, Magistrado Ponente...) ²⁸⁰.

Dicho requisito se halla en íntima conexión con el siguiente, relativo a la aportación de la sentencia de contraste a los autos. En este caso, el artículo 224.4 LRJS, prevé dos posibilidades, una, que sea la propia parte la que acompaña la sentencia: «Con el escrito de interposición, de no haberse aportado con anterioridad, podrá hacerse aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias, acreditando su firmeza en la fecha de expiración del plazo de interposición, o con certificación posterior de que ganó firmeza dentro de dicho plazo la sentencia anteriormente aportada»; otra, la reclamación de oficio por la secretaría de la Sala si la parte recurrente no presenta la certi-

²⁷⁸ Cfr. ATS de 1 de octubre de 2019 (R. 4177/2018). Vid. también SSTs de 23 de julio de 1996 (R. 461/1996), 27 de marzo de 2000 (R.2817/1999), 21 de febrero de 2018 (R. 842/2016); y ATS de 2 de junio de 2015 (R. 3099/2014).

²⁷⁹ Vid. MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 198.

²⁸⁰ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V., *La casación unificadora...*, op. cit., p. 67; DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación...», op. cit., p. 738; GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», op. cit., p. 1860.

ficación de la sentencia con indicación de su firmeza en tiempo oportuno. Esta segunda opción es una novedad de la LRJS respecto de la LPL y, como se decía, exige de la parte la más precisa identificación de la sentencia alegada, aunque la libera absolutamente de la presentación de la misma, haciendo recaer la obligación de su incorporación a los autos sobre la propia Secretaría de la Sala IV²⁸¹.

En todo caso, la incorrecta denominación de la sentencia de contraste es un defecto subsanable, de forma que si este se aprecia, el Tribunal requerirá a la parte la adecuada identificación de la sentencia con los apercibimientos correspondientes; requerimiento que, caso de no ser atendido en el plazo concedido, conllevará la inadmisión del recurso²⁸².

El artículo 224.4 LRJS al tratar de la aportación de parte de la sentencia de contraste, sigue utilizando la misma expresión que contemplaba al efecto el artículo 222 LPL: «la certificación de la sentencia». Sobre este extremo hay que puntualizar que dicha certificación continúa teniendo razón de ser cuando la sentencia de contraste proceda de la Sala Social de un TSJ, sin embargo, su exigencia no parece extensible a las sentencias de contraste de los restantes Tribunales que ahora, con la LRJS, pueden ser utilizadas para la confrontación: Así:

— Las sentencias de la Sala Social del TS son llevadas a los autos desde los archivos de la propia Sala IV.

— Las sentencias del TC se publican íntegramente en el BOE, por lo que se podrá acudir directamente a dicha fuente formal.

— Las sentencias del TEDH, como ya vimos, se recogen en su base de datos oficial, pudiendo ser tomadas desde la misma.

— En cuanto a las sentencias del TJUE: las sentencias del TJ publican sus fallos en el DOUE, y el texto íntegro de la resolución consta en la base de datos del TJUE, a la que ya nos referimos, así como también se contienen en dicha base las sentencias del TG y del TFP, no encontrándose razones para no obtenerlas desde la misma directamente²⁸³.

²⁸¹ Vid. DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación...», *op. cit.*, p. 738; LLUCH CORELL, F. J., «Novedades en relación con los medios de impugnación», en AA. VV., *La reforma del Proceso Laboral. La Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 451; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., Capítulo 7, ..., *op. cit.*, p. 580.

²⁸² Vid. MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación...*, *op. cit.*, p. 198.

²⁸³ Vid. MOLINER TAMBORERO, G., *La Ley Reguladora...*, *op. cit.*, p. 8; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., Capítulo 7, ..., *op. cit.*, p. 580.

3.5 Idioma de la sentencia de contraste

El idioma oficial del TS, que tiene sede en Madrid, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 231.1 y 3 LOPJ y 142.1 y 4 LEC, es «... el castellano, lengua oficial del Estado», y habida cuenta que «Las partes, sus representantes y quienes les dirijan, así como los testigos y peritos, podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas».

Por su parte, la sentencia de contraste puede estar redactada en español. Ello sucederá con las sentencias de TSJ de Comunidad Autónoma sin idioma propio oficial, con las sentencias del TS y del TC, así como las del TJUE dictadas tras la incorporación de España a la UE, dado que las mismas se hallan traducidas oficialmente dicho idioma.

Pero la sentencia también puede estar escrita en una lengua distinta del español, la cual, a su vez, podrá ser una lengua oficial de Comunidad Autónoma, en el caso de resoluciones de TSJ situados en tales Comunidades, o un idioma extranjero, caso de los tribunales supraestatales: TJUE respecto de resoluciones anteriores a la incorporación de España a la UE, y TEDH, dado que las lenguas oficiales en las que se redactan las sentencias de este último son el francés y el inglés.

Así las cosas, se plantea el problema de cómo debe ser aportada al RCUD una sentencia que no cuenta con traducción oficial al español. Y ello tanto respecto de sentencias dictadas por TSJ en el idioma oficial propio de su Comunidad Autónoma (pues no siempre se cumple por dichos órganos con lo previsto en los artículos 231.4 LOPJ y 142.4 LEC, referidos a las actuaciones judiciales y documentos realizados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma que deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en dicha Comunidad Autónoma²⁸⁴), como de las dictadas por Tribunales supraestatales en idioma distinto del castellano.

Cabe indicar que si la parte recurrente lleva al proceso una sentencia idónea que no está escrita (u oficialmente traducida) en español, sino en un idioma distinto, la práctica del TS, teniendo en cuenta que, como hemos visto, en último extremo corresponde la Sala IV reclamar de oficio la resolución, a la

²⁸⁴ Cfr. artículo 231.4 LOPJ: «Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente. También se procederá a su traducción cuando así lo dispongan las leyes o a instancia de parte que alegue indefensión».

fecha es como sigue. La Sala IV solicita su traducción a la Vicepresidencia del TS, que, en atención al idioma de la sentencia (inglés o francés, u otros) cuenta con dos vías de actuación. Si la sentencia está en inglés o francés, se solicita su traducción al servicio de traducción interno del TS. Si la sentencia se ha plasmado en un idioma distinto de los dos anteriores (propio de Comunidad Autónoma o extranjero), se solicita la traducción a la entidad externa con la que el TS tiene concertado este servicio de traducciones.

Respecto de las sentencias del TEDH debe señalarse que en la página Web del Ministerio de Justicia existe un apartado expresamente dedicado a dicho Tribunal en el que, entre otros, se publican traducidas al español por el Equipo de Traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado²⁸⁵; sentencias en las que España ha sido parte, así como otras que se han considerado de interés; traducciones que, entendemos, deberían ser, en principio, idóneas para el RCUD.

Si fuera la parte la que aporta una traducción al castellano propia, no oficial, de la sentencia de contraste, no existiendo un precepto expreso sobre la materia, tal vez hubiera que entender aplicable lo dispuesto en el artículo 144 LEC si mediara oposición de la contraparte²⁸⁶, o, en su caso, por analogía, tener en cuenta la regulación contenida en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en la parte referida al reconocimiento de las resoluciones, artículos 37 ss.

4. LA SENTENCIA DE CONTRASTE Y LOS PRESUPUESTOS DEL RECURSO

Solo una vez determinado que la sentencia de contraste reúne todos los requisitos de idoneidad referidos a su propia existencia (forma de sentencia, Tribunal, Sala, firmeza...) y que ha sido correctamente llevada al proceso por la parte, será posible abordar el cumplimiento de los presupuestos del RCUD: la contradicción con la resolución recurrida y la doctrina necesitada de unificación. A dichos presupuestos desde la óptica de la sentencia de contraste nos referiremos a continuación.

²⁸⁵ Vid. <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos>

²⁸⁶ Vid. DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación...», *op. cit.*, p. 730; DESDENTADO BONETE, A., *Capítulo 6. Los recursos...*, *op. cit.*, 281.

4.1 Relativos a la contradicción

La contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, como es sabido, de acuerdo con el artículo 219.1 LRJS, comprende los hechos, las pretensiones y los fundamentos de las resoluciones. Debiendo precisarse que para que dicha contradicción sea apreciable la identidad tiene que concurrir a la vez en estos tres elementos, pero que basta con que uno de ellos difiera para que las resoluciones ya no puedan considerarse contradictorias.

4.1.1 HECHOS COMPARABLES

Los hechos comparables son aquellos que como tales quedan reflejados en las resoluciones judiciales recurrida y de contraste. Se trata de dar preferencia a la verdad procesal sobre la material, según reiterada doctrina de la Sala IV: «... hemos afirmado que, con independencia de que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica..., tanto para la resolución de fondo como para el previo examen de la contradicción, esta Sala no puede partir sino de los expresos hechos que quedan definitivamente fijados como probados...»²⁸⁷.

Ello conlleva que solo si la sentencia de contraste cuenta efectivamente con un relato de hechos comparables va a ser posible efectuar el juicio de contradicción, pues de otro modo, por razones obvias, este deviene imposible. Siendo así, que la sentencia de contraste contenga, materialmente, datos fácticos suficientes para permitir la comparación se convierte en un requisito de obligada observancia para la parte. Y si bien es cierto que a toda sentencia se le suponen hechos probados, en la práctica ello no siempre se cumple.

Son varias las situaciones que pueden plantearse en relación a la insuficiencia de hechos probados. Quizá los más frecuentes sean que la sentencia referencial de un TSJ adolezca de tales hechos porque se remite sin más a la sentencia de instancia; que muchos de los hechos constaran en la fundamentación de la sentencia de instancia y estos no se han reflejado oportunamente en la de duplicación; o que el relato que figura es sumamente exiguo.

En todo caso, si los hechos que constan no son suficientes para el TS, este apreciará que la sentencia de contraste no es idónea por carecer del sustrato

²⁸⁷ Cfr., por todas, 21 de febrero de 2018 (R. 2056/2015). Vid. STS de 28 enero 2018 (R. 1994/2015). Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 529.

fáctico que permite la comparación²⁸⁸. Así, se dice por el TS: «Como es obvio, el limitado ámbito enjuiciador del recurso unificador de referencia exige, como presupuesto básico, la posibilidad real de una efectiva comparación de las sentencias en contraste mediante una adecuada ponderación de sus respectivos sustratos fácticos y jurídicos. Si esto último no resulta factible, por cuanto los elementos aportados por la sentencia –o sentencias– propuesta como término de comparación de la recurrida son tan exiguos que no permiten advertir la identidad sustancial que se sitúa en la base del recurso planteado, deviene claro que no cabe viabilizar el mismo por falta de un presupuesto esencial para ello»²⁸⁹.

No obstante, a lo anterior hay que añadir que para salvar la situación que puede crearse la Sala IV ha admitido la incorporación de testimonio de la sentencia de instancia para completar la certificación de la sentencia de contraste cuando esta debe ser integrada con aquella, ya que la contradicción debe resultar plenamente acreditada, y es deber de la parte recurrente salvar las omisiones en que haya podido incurrir la sentencia que se aporta²⁹⁰. En este sentido, se señala: «En efecto, a la hora de cumplir con la exigencia legal de construir una contradicción que debe resultar palmariamente acreditada de la comparación de las situaciones de hecho expresamente recogidas en ambas sentencias, es obligación de la parte recurrente suplir las omisiones por remisión en que haya podido incurrir la sentencia referencial»²⁹¹.

Otra excepcional posibilidad que existe para efectuar la comparación de hechos, no obstante la aparente escasez de los mismos, es cuando del conjunto de la resolución de contraste puedan deducirse, sin lugar a dudas, cuáles han sido los datos fácticos enjuiciados, y las peticiones y las causas de pedir. Así lo tiene declarado el TS en su sentencia de 12 de julio de 2010 (R. 4237/2008): «No desconocemos que esta Sala ha dictado –entre otros y con referencia a decisiones anteriores– los Autos de 19 de julio de 2005 (rec. 1213/04) y 5 de noviembre de 2008 (rec. 920/08), en los que se razonó que, con carácter general, «no se puede establecer la comparación entre sentencias al no contener el

²⁸⁸ Vid. MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., *Comentario al artículo 217...*, op. cit., p. 1483.

²⁸⁹ Cfr. STS 17 de enero de 1992 (R. 1416/1991). Vid. también SSTS de 21 de marzo de 2002 (R. 1525/2001), 14 de abril de 2003 (R. 1924/2002), 14 de noviembre de 2017 (R. 1774/2015), 10 de abril de 2019 (R. 1921/2017) y AATS de 14 de octubre de 1991 (R. 1169/1991), 21 de julio de 2003 (R. 3667/2002), 24 de abril de 2012 (R. 3878/2011), 2 de octubre de 2019 (R. 3286/2018).

²⁹⁰ Vid. MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., *Comentario al artículo 217...*, op. cit., p. 1483.

²⁹¹ Cfr. STS de 26 de febrero de 2003 (R. 503/2002). Vid. también SSTS de 19 de noviembre de 1991 (R. 1507/1990), 14 de abril de 2003 (R. 1924/2002), 12 de marzo de 2003 (R. 4415/2001); y AATS de 15 de octubre de 2014 (R. 1202/2012), 17 de diciembre de 2014 (R. 351/2014). Vid. MOLINER TAMBOREIRO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 196.

referencial relato de hechos probados, ya que se dieron por reproducidos en suplicación los declarados en la instancia». Ello no obstante, en aquellos supuestos particulares en los que –como el presente acontece– del examen del conjunto de la resolución de contraste pueda deducirse sin lugar a dudas cuáles han sido los hechos enjuiciados, así como las peticiones y las causas de pedir, no existe obstáculo alguno para llevar a cabo la comparación de las dos resoluciones en presencia...»

También es jurisprudencia relevante vinculada a los hechos probados la relativa a los supuestos de modificaciones fácticas solicitadas en suplicación en forma por la parte y rechazadas por el Tribunal Superior únicamente porque entiende que la revisión es intrascendente a efectos decisorios. El TS ha mantenido que ese rechazo del Tribunal inferior no debe impedir que los datos de hecho, cuando su contenido resulta incuestionable, se tengan en cuenta por él mismo si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega²⁹². Y si bien es cierto que dicha doctrina se sigue por la Sala IV en relación con la sentencia recurrida, seguramente no habría obstáculo para aplicarla igualmente a la sentencia de contraste llegado el caso.

Del mismo modo, el TS en relación con el relato fáctico de la sentencia recurrida tiene declarado que, sin perjuicio de la prevalencia, en principio, de los hechos declarados en suplicación respecto de los afirmados en la instancia cuando ello se produce por el cauce adecuado, en el supuesto de discrepancia entre los hechos declarados probados por el Juzgado y la constatación de un hecho de sentido distinto contenido en la sentencia del Tribunal Superior sin que el mismo haya sido incorporado oportunamente por la vía de revisión de hecho en el recurso de suplicación, debe resolverse dando prioridad al hecho declarado probado por el juez de lo Social²⁹³. Y como en el supuesto anterior, no parece que, de darse dicha circunstancia en la sentencia de contraste, el criterio a seguir no tuviera que ser el mismo.

Todavía en relación con los hechos hay que señalar que son numerosos los supuestos en los que la decisión del Tribunal se halla tan íntimamente relacionada con los hechos acreditados, y resulta tan individualizada, que es muy difícil (aunque no imposible), que la contradicción entre sentencias pueda apreciarse dada la remota eventualidad de produzcan situaciones sustancialmente iguales. Así sucede, entre otros, en el caso de la calificación de los des-

²⁹² Vid. SSTS de 4 de marzo de 2013 (R. 928/2012), 13 de mayo de 2013 (R. 1956/2012), 17 de febrero de 2014 (R. 444/2013), 10 de julio de 2018 (R. 4313/2017), 18 de septiembre de 2018 (R. 3451/2016).

²⁹³ Vid. SSTS de 17 de marzo de 2014 (R. 476/2013), 26 de junio de 2014 (R. 1046/2013); y AATS de 13 de junio de 2017 (R. 66/2017).

pidos como procedentes o improcedentes²⁹⁴; en la apreciación de fraude de Ley²⁹⁵; en las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente²⁹⁶; la vulneración de derechos fundamentales²⁹⁷; la resolución del contrato por voluntad del trabajador...²⁹⁸.

Y, en fin, un supuesto peculiar que afecta a los hechos de las resoluciones es la posibilidad de que la contradicción entre estas se produzca *a fortiori*. Esta variante se analiza en profundidad en otro apartado de la obra²⁹⁹, baste indicar aquí que la misma se aprecia cuando la contradicción no concurre en sentido estricto por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido «más allá» que la recurrida, esto es, ha estimado la pretensión partiendo de afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la misma. En palabras del TS: «... La contradicción *a fortiori* es una locución latina que significa “con mayor motivo”, lo que aplicado en estos casos supone que si en un caso se resolvió en un sentido

²⁹⁴ Cfr., por todas, STS de 11 de mayo de 2018 (R. 3192/2016): «... la Sala ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren, no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico [STS de 24 de mayo de 2011 (R. 1978/2010), y 17 de septiembre de 2013 (R. 4021/2010)]».

²⁹⁵ Cfr., por todas, STS de 11 de abril de 2019 (R. 951/2018): «... la Sala ha señalado reiteradamente que la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina y ello no sucede solo en materia de calificación de incapacidades, sino también en las apreciaciones sobre la existencia de fraude que se fundan en una valoración de intenciones (STS de 11 de septiembre de 2014, rcud 613/2014, entre otras)».

²⁹⁶ Cfr., por todas, STS de 10 de julio de 2018 (R. 3608/2016): «... la Sala ha venido señalando con reiteración que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general... En este sentido las sentencias de 23 de junio de 2005 (Recursos 1711/2004 y 3304/2004) y 2 de noviembre de 2005 (R. 3117/2004) han establecido que «este tipo de litigios carece de interés –o contenido– casacional y que su acceso al recurso no solo resulta inadecuado en orden a la función unificadora que le es propia, sino que comprometería gravemente su funcionamiento, con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social» (sentencia de 17 de febrero de 2010, R. 52/2009)».

²⁹⁷ Cfr., por todas, STS de 15 de octubre de 2010 (R. 1820/2009): «... en materia de valoración de los indicios que puedan dar pie a la apreciación de la vulneración de algún derecho fundamental de los trabajadores, tienen indiscutible importancia no solo los hechos, sino incluso también las circunstancias concurrentes en ellos; de modo que cualquier divergencia entre los hechos y circunstancias de cada caso, puede justificar perfectamente que se adopten distintas decisiones, tal como ha venido señalando la doctrina de esta Sala (por todas sentencia de 14 de junio de 2001, R. 1992/2000). Y finalmente, tampoco existe discrepancia doctrinal alguna que necesite ser unificada, en tanto que ambas resoluciones aplican la abundante jurisprudencia constitucional sobre la necesidad en caso de que se alegue lesión de derechos fundamentales, de aportar indicios razonables de que la vulneración se ha producido para que proceda la inversión de la carga probatoria».

²⁹⁸ Vid. STS de 29 de enero de 2019 (R. 1084/2017).

²⁹⁹ Un estudio más extenso sobre esta cuestión se contiene en esta misma obra en el estudio de CANO GALÁN, Y., «La contradicción ordinaria, a fortiori y a posterior como cauce para la unificación de doctrina».

en el posterior debería resolverse igual “con mayor motivo”, esto es por ofrecer-se mayores razones para obtener ese resultado, lo que venimos aplicando en supuestos en los que no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido “más allá” que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión. Esta situación se produce cuando, aún no existiendo igualdad propiamente dicha en los hechos, sin embargo el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que los hechos fueran los mismos...»³⁰⁰.

4.1.2 PRETENSIONES COMPARABLES

Junto a los hechos, la contradicción entre sentencias exige igualdad también en pretensiones. Por pretensiones, en esencia, se entiende lo que la parte actora solicita y lo que la parte demandada o pone. Son precisamente las concretas pretensiones de recurrente y recurrido abordadas en la sentencia del TSJ recurrida que son objeto del RCUD, las que deben ser coincidentes con las de la resolución comparada³⁰¹.

Es en este apartado donde cabe la referencia a la exigencia del artículo 219 LRJS de que se trate «... de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación...». Habiéndose entendido por el TS que no es necesario que sean propiamente los mismos litigantes (lo que vaciaría de contenido el recurso), pero sí que se encuentren en similar posición de demanda o defensa ante igual pretensión procesal si ello repercute en la configuración del litigio (por ejemplo, en un reclamación de cantidad el demandante tanto puede ser empresario como trabajador, y lo mismo sucede en el lugar del demandado, por lo que la pretensión de reconocimiento del derecho a la cuantía reclamada será la misma, sin perjuicio de quién ocupe las indicadas posiciones)³⁰².

Según se indicaba, las pretensiones que se pueden esgrimir por la parte ante la Sala IV son aquellas que fueron tratadas por el TSJ en suplicación. De este modo, cuando el recurrente promueve ante el TS una cuestión nueva, con independencia de cuál sea la pretensión abordada por la sentencia de contraste, nunca podrá existir contradicción entre las resoluciones, y el recurso no podrá ser estimado. A este respecto la Sala IV ha señalado insistentemente que el

³⁰⁰ Cfr. STS de 21 de enero de 2019 (R. 4009/2016). *Vid.*, entre otras, SSTS de 20 de enero de 2016 (R. 3106/2014), 21 de noviembre de 2019 (R. 1834/2017), 26 de noviembre de 2019 (R. 2820/2018).

³⁰¹ *Vid.* AGUSTÍ JULIÁ, J., *Del Recurso de Casación...*, *op. cit.*, p. 783.

³⁰² *Vid.* GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», *op. cit.*, p. 1851; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 536.

carácter extraordinario del RCUd determina que la identidad de la controversia se establezca teniendo en cuenta los términos en que esta ha sido articulada en suplicación, de manera que todo motivo formulado en casación unificadora que no haya sido tratado en recurso de suplicación constituye una cuestión nueva que, por tal causa, no puede ser abordada. Esto es, «... la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación»³⁰³. Y constituye jurisprudencia constante que la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación³⁰⁴, lo que viene justificado por el principio de justicia rogada, en cuya virtud, «... el Juez o Tribunal solo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas. Por tanto, fuera de esos momentos iniciales... no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso»³⁰⁵.

Debe también tenerse en cuenta que cuando la parte formule un motivo alegando infracción procesal cometida por la sentencia del TSJ recurrida, la Sala IV, a partir del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015, ha suavizado en gran medida los criterios seguidos con anterioridad para apreciar la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, lo que tiene su lógica repercusión en la sentencia que puede ahora ser idónea a este fin. De este modo:

— Las identidades del artículo 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada (apreciación de cosa juzgada positiva), sin que sea necesario, como antes se exigía, la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas (reclamación por despido o reclamación por cantidad).

— Lógicamente, se pide la concurrencia de la suficiente homogeneidad en las infracciones procesales, debiendo tratarse en ambos casos de transgresiones referidas al mismo aspecto propio de la tutela judicial efectiva (incongruencia omisiva, litisconsorcio pasivo necesario...), no siendo suficiente una genérica remisión al artículo 24 CE, dados los numerosos supuestos que tienen cabida en el mismo³⁰⁶.

³⁰³ Vid., entre otros muchos, SSTS de 21 de diciembre de 2011 (R. 1300/2011), 3 de noviembre de 2015 (R. 3768/2014), 22 de febrero de 2016 (R. 994/2014), (STS 16 de mayo de 2019 (R. 4082/2016). AATS de 15 de febrero de 2018 (R. 3127/2017), 16 de julio de 2019 (R. 916/2017).

³⁰⁴ Cfr. STS de 12 de diciembre de 2019 (R. 2189/2017).

³⁰⁵ Cfr. SSTS 25 de enero de 2018 (R. 176/2017), 27 de noviembre de 2019 (R. 95/2018).

³⁰⁶ Vid. por todas, STS de 25 de abril de 2018 (R. 1835/2016).

— En los casos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina, o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión; esto es, que aunque en la sentencia no se haya razonado sobre la cuestión, la decisión que adopta pone de manifiesto que se ha seguido la doctrina que la parte pretende³⁰⁷.

Supuestos muy particulares son los relativos a la manifiesta falta de jurisdicción (no los dudosos), y a la competencia funcional de la Sala, a los que se añade la competencia internacional. Ello porque tiene dicho el TS que «... el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina de las cuestiones procesales está condicionado a la existencia de contradicción, salvo excepciones relativas a la manifiesta falta de jurisdicción o de competencia funcional de la Sala»³⁰⁸. Esto es, como ya dijimos, en todo caso, incluso si se cuestiona por el recurrente ante el TS la manifiesta falta de competencia de jurisdicción, la competencia funcional³⁰⁹ o la competencia internacional³¹⁰, es necesario que este cite y aporte sentencia de contraste idónea, y cumplimente los requisitos formales del recurso exigidos para su preparación e interposición, concurriendo en su defecto causa de inadmisión; cuestión distinta es que la Sala IV, verificados por la parte los indicados requisitos relativos a la sentencia y al proceso, pueda resolver las cuestiones indicadas de oficio, sin que para ello sea precisa la contradicción entre las resoluciones³¹¹.

No son idóneas para el contraste respecto de ninguna sentencia recurrida las sentencias del TS que inadmiten un recurso de casación para unificación de doctrina por apreciar falta de contradicción, pues es claro que en tales casos las resoluciones resuelven cuestiones distintas (y, consecuentemente, aplican doctrinas distintas). De este modo, se razona por el TS: «En efecto, no puede existir contradicción entre la sentencia recurrida, que entra en el fondo del asunto y resuelve sobre la pretensión planteada, con la que se ha establecido

³⁰⁷ Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 537.

³⁰⁸ Cfr., por todas, STS de 1 de marzo de 2018 (R. 1422/2016), en ella se concluye, además, que: «En este caso, el debate suscitado lo es sobre la competencia objetiva que, como ya hemos venido diciendo, no se encuentra comprendida en la ausencia de jurisdicción».

³⁰⁹ Vid., por todas, STS de 5 de junio de 2018 (R. 3839/2016).

³¹⁰ Cfr., por todas, STS de 19 de noviembre de 2019 (R. 2822/2017): «... al suscitarse una cuestión relativa a la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la cuestión debatida, la Sala ha de resolver de oficio la cuestión competencial, sin que sea exigible la concurrencia del requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como contradictoria, para poder conocer del recurso, tal y como se afirma en las SSTs de 18 de mayo de 2016 (rcud. 3951/2014), 16 de enero de 2018 (rcud. 3876/2015) y 24 de enero de 2019 (rcud. 3450/2015)».

³¹¹ Vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 538.

como término de comparación, que no contiene decisión alguna en su parte dispositiva sobre la cuestión que fue sometida a la consideración de la Sala, toda vez que no entra en el fondo del asunto y desestima el recurso por falta del presupuesto de la contradicción, y no contiene, por tanto, doctrina a unificar con la sentencia que aquí se recurre»³¹².

En fin, por las mismas razones que en el caso anterior, no existen pretensiones comparables cuando la sentencia recurrida es desestimada por el TSJ por una cuestión procesal, por ejemplo, por defectuosa formulación del recurso de suplicación, o cuando se decreta por este la nulidad de actuaciones, y la parte recurrente, obviando tales pronunciamientos, pretende que el TS resuelva sobre el fondo del asunto, aportando para ello una sentencia que, en efecto, decide la cuestión sustantiva. Es claro que, siendo así, ninguna contradicción va poder apreciarse entre las sentencias comparadas dado que las mismas resuelven cuestiones diversas (aplicando doctrinas muy distintas)³¹³.

4.1.3 FUNDAMENTOS COMPARABLES

La igualdad entre las sentencias comparadas debe alcanzar también a los fundamentos de las mismas. Los fundamentos no son equiparables necesariamente a normas alegadas, sino que se trata de un concepto más amplio, que hace referencia a aquellos extremos que justifican las peticiones o resistencias de las partes, sin perjuicio de que los mismos, a su vez, se encuentren amparados en disposiciones jurídicas. A lo que se añade que tales fundamentos son los que han formulado los propios litigantes: «... los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes»³¹⁴. Y dichos fundamentos han debido ser esgrimidos necesariamente ante el TSJ.

Cuando las pretensiones de las partes de las sentencias recurrida y de contraste se fundan en normas distintas (incluyéndose en esta consideración los supuestos en los que las sentencias han aplicado la misma norma pero correspondiente a momentos distintos en atención a las reformas sufridas—incluso si la redacción es la misma—), el TS ha declarado reiteradamente

³¹² Cfr., por todos, ATS de 14 de noviembre de 2019 (R. 2237/2019). Vid. ATS de 28 de junio de 2018 (R. 350/2018).

³¹³ Vid. por todos, AATS de 9 de abril de 2019 (R. 2165/2018), 17 de diciembre de 2019 (R. 5056/2018).

³¹⁴ Cfr. STS de 26 de enero de 2011 (R. 604/2010). Vid. SSTs de 25 de mayo de 1995 (R. 2876/1994), 17 de abril de 1996 (R. 3078/1995), 16 de junio de 1998 (R. 1830/1997) y 27 de julio de 2001 (R. 4409/2000). Vid. AGUSTÍ JULIÁ, J., *Del Recurso de Casación...*, op. cit., p. 783.

que no puede apreciarse contradicción entre las resoluciones, salvo que quede probada la identidad de regulaciones, extremo que la parte debe poner de manifiesto al Tribunal: «...cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas no puede apreciarse la identidad de las controversias porque se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; en consecuencia, solo excepcionalmente podrá aceptarse la contradicción cuando quede justificada la identidad de las regulaciones no solo consideradas en su redacción, sino también en el marco de los elementos relevantes de interpretación. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones»³¹⁵.

A lo anterior se ha añadido que la exigencia de identidad de normas se halla también en íntima relación con la propia función del recurso, como recurso de unificación de doctrina, ya que no hay unificación posible respecto a disposiciones distintas, esto es, «... aunque la norma aplicable en el caso de la sentencia recurrida hubiese sido interpretada de forma incorrecta, esto no determinaría que lo hubiera sido también la aplicada en la sentencia de contraste, si no se trata de la misma norma, con lo que no existirá el “quebranto de la unidad de doctrina”»³¹⁶.

Dicha jurisprudencia ofrece algunos matices cuando las regulaciones a las que se hace referencia están previstas en un convenio colectivo. Así, se dice también, partiendo de la necesidad de igualdad de regulaciones: «... la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepciona-

³¹⁵ Cfr. AATS de 5 de diciembre de 2019 (R. 249/2019), 17 de diciembre de 2019 (R. 684/2019). Vid. SSTs de 19 de diciembre de 2008 (R. 881/2008), 20 de mayo de 2009 (R. 1349/2007), 3 de diciembre de 2009 (R. 1159/2009), 12 de junio de 2018 (R. 1442/2015).

³¹⁶ Cfr. STS de 21 de julio de 2006 (R. 1735/2005), 17 de mayo de 2011 (R. 2058/2010).

les en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado»³¹⁷.

Siendo, en todo caso, obligación de la parte recurrente, y, más aun cuando se trata de convenios colectivos, acreditar la igualdad de regulaciones: concierne «... a la parte recurrente acreditar la contradicción y a ella correspondía en el escrito de interposición del recurso establecer la identidad de las regulaciones que aplican las sentencias comparadas...»³¹⁸.

Lo anterior debe completarse con lo decidido en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de mayo 2011, que viene a dar la solución práctica para la correcta alegación por el recurrente de discrepancia doctrinal en la aplicación de convenios colectivos. En este sentido, se exige el cumplimiento de unos requisitos formales y otros sustantivos:

— Requisitos formales: el recurrente tiene que identificar el convenio de la sentencia de contraste, precisando su publicación oficial, y, si esta no es accesible (convenios provinciales o locales), debe aportar el texto con el escrito de interposición. Tiene también que justificar en la relación precisa y circunstanciada la identidad de regulaciones, analizando sus términos y señalando que no hay factores interpretativos relevantes que difieran.

— Requisitos sustantivos: Debe exigirse que en lo sustancial las regulaciones sean coincidentes sin ninguna diferencia de entidad en sus términos. Y en ninguna de las sentencias comparadas debe haber entrado en juego de forma relevante elementos de interpretación que no estén presentes de la misma forma en la otra sentencia examinada³¹⁹.

4.1.4 PRONUNCIAMIENTOS DISTINTOS

El artículo 219.1 LRJS al referirse a las sentencias que son contradictorias concreta que dicha contradicción supone, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, haber «llegado a pronunciamientos distintos». Por pronunciamientos distintos ha entendido el TS pronunciamientos contrarios: las decisiones pueden ser distintas, pero no contrarias, lo que sucede si las circunstancias analizadas (hechos, fundamentos y pretensiones) no coinci-

³¹⁷ Cfr. STS de 31 de mayo de 2018 (R. 2261/2016), 18 de febrero de 2019 (R. 1814/2017), 19 de diciembre de 2019 (R. 1923/2017). *Vid.* también SSTS de 25 de febrero de 2013 (R. 3309/2012), 25 de octubre de 2013 (R. 198/2013), 12 de diciembre de 2013 (R. 167/2013), 17 de junio de 2014 (R. 2098/2013).

³¹⁸ Cfr. 26 de enero de 2011 (R. 4391/2009).

³¹⁹ *Vid.* SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Capítulo 7...*, *op. cit.*, p. 534.

den. En este sentido, se ha dicho por la Sala IV: «Se trata, pues, de hechos y fundamentos diferentes que llevan a resultados distintos pero no contrarios entre sí en los respectivos fallos de las sentencia comparadas, por lo que el requisito del artículo 219.1 de la LRJS no puede entenderse cumplido en este motivo»³²⁰.

El pronunciamiento contrario no significa siempre y en todo caso fallo contrario, sino que va referido a la pretensión cuestionada por la parte al TSJ, la cual, si bien ha sido decidida por la sentencia, no necesariamente tiene su reflejo en el fallo de la misma (es lo que sucede cuando el Tribunal Superior resuelve sobre cuestiones previas, tales como, cesión ilegal, grupo de empresas a efectos laborales...) ³²¹.

Los pronunciamientos contradictorios son requisito ineludible para apreciar la concurrencia de contradicción entre las resoluciones comparadas. Si las sentencias confrontadas llegan a la misma decisión sobre idéntica cuestión (ambas son estimatorias o ambas desestimatorias), es claro que el requisito de decisiones contradictorias no se cumple, y ello con independencia de cuáles hayan sido los razonamientos de la Sala de contraste y de que estos pudieran parecer distintos. De este modo, no es suficiente que, aparentemente, la doctrina seguida por la sentencia de contraste sea diferente de la que se mantiene en la sentencia recurrida si, finalmente, dicha discrepancia no tiene reflejo en el pronunciamiento ³²².

La exigencia de pronunciamientos contrarios es aplicable en todo caso, pero, en particular, se exige cuando existe igualdad de hechos, pretensiones y fundamentos de las sentencias comparadas, que es el supuesto especialmente afectado por la doctrina indicada. Como antes se ha dicho, lógicamente, si no concurre identidad de hechos, pretensiones o fundamentos, no existiría ya contradicción y la identidad de pronunciamientos sería un elemento más a tener en cuenta para la inadmisión del motivo.

La Sala IV dice así: la «... contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante contro-

³²⁰ Cfr., por todos, STS de 24 de junio de 2014 (R. 1350/2013). *Vid.* STS de 19 de noviembre de 2013 (R. 2356/2012).

³²¹ Un ejemplo de ello son los numerosos RCUD planteados por la empresa, en autos promovidos por el trabajador frente a ella y el SPEE en reclamación de prestación por desempleo. El fallo de la sentencia desestima la demanda del trabajador (por solicitud extemporánea del desempleo), absolviendo a los codemandados, pero previamente ha resuelto en sentido contrario la pretensión de la empresa de ser declarado el cese del actor como voluntario. *Vid.*, por todos, ATS de 14 de noviembre de 2019 (R. 368/2019).

³²² *Vid.* CABERO MORÁN, E., «Las sentencias recurribles y contradictorias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Actualidad laboral*, núm. 29, 1992, p. 539; GOERLICH PESET, J. M., «28. Los Recursos...», *op. cit.*, p. 1847; AGUSTÍ JULIÁ, J., *Del Recurso de Casación...*, *op. cit.*, p. 783; MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 459.

versias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado »[art. 219 LRJS]«, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales»... Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales»³²³. Lo que significa que el recurso de casación para unificación de doctrina «... exige una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y sentencias comparables, y dicha contradicción ha de trascender a la parte dispositiva de las sentencias contrastadas»³²⁴.

La consecuencia de cuanto se ha indicado es que la sentencia de contraste que tenga un pronunciamiento no contradictorio, sino coincidente, respecto de la recurrida, no permitirá en ningún caso apreciar que entre ellas existe contradicción.

4.2 Relativos a la doctrina a unificar

Como se ha dicho, el RCU gira en torno a dos presupuestos esenciales que lo delimitan: la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste (que en mérito a hechos, pretensiones y fundamentos han llegado a pronunciamientos distintos), y la existencia de doctrina necesitada de unificación por el TS, que la antedicha contradicción entre resoluciones pone de manifiesto: «... el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina...» (art. 219.1 LRJS).

Supone que la sentencia recurrida, apreciada la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones y pronunciamientos contrarios, debe contener doctrina que deba ser unificada³²⁵. Pero para que el Tribunal pueda llegar a considerar que dicha unificación es necesaria, también es preciso tener en cuenta la doctrina que aplica la sentencia de contraste. De manera que, si la sentencia referencial no evidencia contradicción doctrinal con la recurrida, el recurso no prosperará.

³²³ Vid., por todas, 8 de enero de 2020 (3694/2017). Vid. también SSTs de 31 de enero de 2017 (R. 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (R. 3212/2015), 12 de abril de 2018 (R. 1865/2016); AATS de 17 de diciembre de 2019 (R. 1743/2019), 18 de diciembre de 2019 (R. 2033/2019).

³²⁴ Cfr. STS de 22 de julio de 2013 (R. 2987/2012). Vid. también SSTs de 24 de noviembre de 2010 (R. 651/2010) 3 de julio de 2012 (R. 2305/2011), 5 de noviembre de 2012 (R. 390/2012), 22 de julio de 2013 (R. 2987/2012); AATS de 10 de diciembre de 2019 (R. 915/2019), 17 de mayo de 2018 (R. 2510/2017).

³²⁵ Vid. CAMPOS ALONSO, M. A., *Recurso de casación...* (CGPJ), *op. cit.*, p. 244; VIROLÉS PIÑOL, R. M.^a, «Tema 11. De los recursos...», *op. cit.*, p. 57.

Lo indicado significa, en primer término, que la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste que se tiene en cuenta es necesariamente la que da lugar al pronunciamiento final, por lo que no son idóneos para la contradicción los contenidos de los votos particulares. En definitiva, solo puede atenderse al pronunciamiento que suscribe el de forma mayoritaria la correspondiente Sala, y no al minoritario, sin efectos sobre el pronunciamiento, que se plasma en el voto particular³²⁶.

Tampoco sirven como referente las manifestaciones que se hacen como *obiter dicta* o a mayor abundamiento en la sentencia de contraste³²⁷. Se dice por el TS a este respecto: «... la contradicción no puede basarse en las declaraciones o conclusiones constitutivas de los *obiter dicta* de la sentencia, que carecen de virtualidad a los efectos de la contradicción que exige el art. 219 LRJS, sino que ha de serlo en la *ratio decidendi* del fallo..., pues la contradicción solo existe cuando es “real y no hipotética”...»³²⁸.

Ya aludimos en el apartado anterior a la falta de idoneidad para el contraste de las sentencias del TS que desestiman el recurso unificador por falta de contradicción, pues las mismas solo contienen doctrina relativa a dicha falta de contradicción, debiendo entenderse que cualquier otra referencia contenida en ellas sobre el fondo del asunto que la parte planteara constituye un *obiter dicta* y, por tanto, inhábil para fundamentar la contradicción³²⁹.

Del mismo modo, no es idónea para la unificación la sentencia de contraste cuando contiene doctrina que ha sido expresamente abandonada o superada por doctrina del TS, lo que resulta aplicable tanto a las sentencias de TSJ como del propio TS³³⁰: «En el caso de sentencias dictadas por esta Sala Cuarta venimos sosteniendo que carecen de valor referencial si la doctrina que contienen ha sido expresamente abandonada por las posteriores; pierden valor referencial a efectos del juicio de contradicción las sentencias cuya doctrina ha sido variada posteriormente...»³³¹

³²⁶ Vid. AATS de 12 de abril de 2012 (R. 3948/2011), 16 de septiembre de 2014 (R. 2604/2013). Vid. MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 190.

³²⁷ Vid. CAMPOS ALONSO, M. A., *El Recurso de Casación...*, op. cit., EDERSA, Tomo XIII, vol. 2.º, 1990, p. 1477; MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M., *El Recurso de Casación...*, op. cit., p. 190; VIROLÉS PIÑOL, R. M.ª, «Tema 11. De los recursos...», op. cit., p. 57.

³²⁸ Cfr. 13 de mayo de 2014 (R. 357/2013). Vid. SSTS de 30 de septiembre de 2005 (R. 3824/2004), 28 de abril de 2010 (R. 238/2008), 31 de enero de 2018 (R. 3914/2015); AATS 12 de diciembre de 2017 (R. 3272/2016), 7 de febrero de 2018 (R. 328/2017).

³²⁹ Vid. DE LA VILLA GIL, L. E., *Puntos Críticos...*, op. cit., p. 242.

³³⁰ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., *Artículo 219...*, op. cit., p. 1228; MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., *Comentario al artículo 217...*, op. cit., p. 1482.

³³¹ Cfr. STS de 9 de febrero de 2017 (R. 2718/2015). Vid. AATS de 31 de mayo de 2018 (R. 4572/2017), 23 de octubre de 2018 (R. 867/2018), 9 de julio de 2019 (R. 5090/2018), 2 de octubre de 2019 (R. 4153/2018).

En relación con lo anterior, no cabe confundir que una sentencia haya sido ella misma casada y anulada, con el hecho de que una sentencia (no casada ni anulada), contenga doctrina superada por el TS. En el primer caso, ya vimos que la sentencia no sería idónea para la contradicción por no existir jurídicamente como tal sentencia, esto es, por estar afectada directamente la pervivencia misma de la resolución en cuanto tal. En el segundo caso, la sentencia mantiene su vigencia y su existencia no se cuestiona, siendo únicamente su doctrina la que se ve afectada, de manera que sería una sentencia apta para ser aportada al RCU, sin perjuicio de que la doctrina que contiene no justificaría la necesidad de unificación doctrinal. Y si bien el resultado es prácticamente el mismo en los dos casos (a salvo aquellos en los que la Sala puede conocer de oficio)³³²: la inadmisión del motivo, la Sala IV ha procurado explicar la diferencia existente en la STS de 23 de febrero de 2018 (R. 1133/2016)³³³.

El supuesto paradigmático en el que la sentencia de contraste, aun cuando concurriera absoluta igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones, y acreditara doctrina contraria con la recurrida, devendría inoperante, es aquel en el que se aprecia falta de contenido casacional de unificación de doctrina por ser coincidente la decisión de la sentencia recurrida con la doctrina que ya ha sido objeto de unificación por la Sala IV. Es el caso emblemático de la falta de cumplimiento del segundo presupuesto del RCU: la necesidad de que el TS proceda a unificar doctrina³³⁴.

Al respecto, el TS ha reiterado: «La función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo recogido en el artículo 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se in-

³³² La cuestión podría tener relevancia en los casos en los que la Sala IV analiza de oficio la cuestión planteada (señaladamente, manifiesta falta de competencia objetiva, competencia funcional o competencia internacional), porque con la alegación del primer tipo de sentencias (casadas y anuladas) la parte no estaría aportando una sentencia idónea porque la misma es inexistente, lo que determinaría la inadmisión del recurso; mientras que una sentencia del segundo tipo sí sería formalmente correcta, sin perjuicio de la doctrina que la misma contuviera (superada o modificada), y permitiría a la Sala entrar a resolver de la cuestión planteada.

³³³ No obstante la aclaración que pretende la sentencia nos parece acertada, no compartimos el resultado final que la misma alcanza, ya que parece aplicar la falta de contenido casacional de unificación de doctrina por ser coincidente la doctrina aplicada por la sentencia recurrida con la seguida a la fecha por la Sala IV, cuando en realidad no concurre dicha coincidencia. *Vid.* también ATS de 11 de septiembre de 2018 (R. 91/2018).

³³⁴ *Vid.* CAMPOS ALONSO, M. A., *Recurso de casación...* (CGPJ), *op. cit.*, p. 245.

terpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo...»³³⁵.

Obsérvese que Sala IV en la situación referida no exige identidad entre la doctrina de la sentencia recurrida y la aplicada por el TS, sino que va más allá, configurando un margen mayor de actuación para el rechazo, ya que lo que se exige es que el pronunciamiento de la sentencia recurrida sea acorde con la doctrina fijada por la Sala IV sobre el particular. Y la consecuencia, prevista expresamente en el artículo 225.4 LRJS, será la inadmisión del motivo por falta de contenido casacional de la pretensión.

Por último, téngase en cuenta que el hecho de que la doctrina de la sentencia de contraste haya sido superada o abandonada por el TS no significa que la doctrina de la sentencia recurrida sea coincidente con la doctrina que está aplicando el TS en la fecha en la que resuelve el RCU. Si la sentencia recurrida no aplica la actual doctrina de la Sala IV, la causa de inadmisión es, precisamente, la pérdida de valor referencial de la sentencia de contraste por contener doctrina superada. Solo si la doctrina que aplica la sentencia recurrida es la que sigue a la fecha el TS, se podría apreciar propiamente la causa de inadmisión consistente en la falta de contenido casacional de unificación de doctrina por ser la decisión de la sentencia recurrida coincidente con la doctrina de la Sala.

5. RECAPITULACIÓN: CAUSAS DE INADMISIÓN DEL RECURSO RELACIONADAS CON LA SENTENCIA DE CONTRASTE

Si bien a lo largo de la exposición se han ido poniendo de manifiesto las posibles causas de inadmisión del RCU que se hallan vinculadas a la sentencia de contraste, parece oportuno efectuar ahora una breve recopilación de todas ellas según los requisitos a los que afecten.

1. Sentencias que pueden ser alegadas para el contraste.

a) Forma de la resolución de contraste:

— Falta de idoneidad cuando la resolución no es formalmente una sentencia

³³⁵ Cfr. ATS de 31 de enero de 2017 (R. 2086/2016). *Vid.*, entre otros muchos, AATS de 14 de noviembre de 2018 (R. 2789/2018), 2 de febrero de 2017 (R. 1242/2016).

b) Órgano judicial que dicta la sentencia:

— Falta de idoneidad cuando las sentencias no proceden de los Tribunales o Salas que prevé el artículo 219 LRJS.

c) Firmeza:

— Falta de idoneidad si la sentencia no es firme a la fecha de finalización del plazo para la interposición del RCU.

d) Vigencia:

— Falta de idoneidad de las sentencias casadas y anuladas, revocadas o declaradas nulas.

2. La sentencia de contraste en el procedimiento.

a) Identificación de la sentencia:

— Falta de idoneidad de la sentencia de contraste por no estar correctamente referenciada.

b) Preparación del recurso:

— Defecto en la preparación del recurso por no citar sentencia de contraste y/o no exponer el núcleo de la contradicción

— Falta de idoneidad de la sentencia de contraste por no estar citada en el escrito de preparación.

c) Interposición del recurso:

— Falta de interrelación entre los escritos de preparación e interposición.

— Falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción entre las sentencias.

3. La sentencia de contraste y los presupuestos del recurso.

3.1 Relativos a la contradicción:

— Falta de contradicción

a) Hechos:

— Falta de idoneidad de la sentencia de contraste por insuficiencia de hechos probados, lo que impide apreciar contradicción con la recurrida.

b) Pretensiones:

— Falta de contenido casacional por planteamiento de una cuestión nueva no tratada en suplicación.

— Falta de contradicción si la sentencia de contraste es del TS y resolvió inadmitiendo el RCU por falta de contradicción.

— Falta de contradicción (sobre el fondo) si una sentencia entra en el fondo y la otra, sin entrar en él, resuelve una cuestión procesal.

— Falta de contradicción en pretensiones absolutamente vinculadas a los hechos probados: calificación del despido, determinación del grado de incapacidad permanente,

c) Fundamentos:

— Falta de contradicción cuando las sentencias aplican normas o convenios colectivos distintos:

d) Pronunciamientos distintos:

— Falta de contradicción por no ser los pronunciamientos contradictorios.

3.2 Relativos a la unificación de doctrina:

— Falta de idoneidad de sentencia de contraste cuando se pretende la aplicación de la doctrina contenida en el voto particular.

— Falta de idoneidad de la sentencia de contraste cuando se pretende la aplicación de la doctrina plasmada como *obiter dicta*.

— Falta de idoneidad por pérdida de valor referencial de la sentencia de contraste por contener doctrina superada por la Sala IV.

— Falta de contenido casacional de unificación de doctrina por adecuación de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala IV.

CAPÍTULO V

LA CONTRADICCIÓN ORDINARIA, A *FORTIORI* Y A *POSTERIORI* COMO CAUCE PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

YOLANDA CANO GALÁN

Letrada del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La contradicción «ordinaria» como requisito básico del recurso de casación para la unificación de doctrina.*–3. *La contradicción a fortiori y la ruptura de la necesidad de igualdad sustancial en los hechos probados.*–4. *La contradicción a posteriori.*–5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Circula en los ámbitos jurídicos, y especialmente entre los abogados laboristas, el particular comentario de que es más difícil que te admitan un recurso de casación para la unificación de doctrina, que la posibilidad de que pase un camello por el ojo de una aguja. Las razones de tan extrema concepción provienen de las rígidas exigencias que se imponen en el Libro tercero («De los medios de impugnación»), del Título IV («Del recurso de casación para la unificación de doctrina»), de la Ley 3/2012, de 10 de octubre regula-

dora de la jurisdicción social (en adelante LRJS), especialmente como consecuencia de la obligación de que exista contradicción entre la sentencia que se recurre y la que se invoque de contraste para cada motivo de casación unificadora³³⁶.

La exigencia prevista en el artículo 219 LRJS de que la unificación de doctrina solo pueda realizarse respecto de sentencias «donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos contradictorios», dificulta, en extremo, la admisión del recurso, precisamente por los problemas que existen para encontrar sentencias «sustancialmente iguales». La comparación se hará, por lo tanto, por bloques –hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias recurrida y de contraste–, labor ésta aparentemente sencilla pero con dificultades prácticas que serán objeto de análisis pormenorizado en el presente estudio, al examinar lo que se ha denominado como contradicción «ordinaria» o «tradicional».

Si las diferencias en hechos, fundamentos y pretensiones de las resoluciones comparadas provocarán la inadmisión del recurso por falta de contradicción, debe apuntarse que ello no acontece siempre, ya que en la práctica existen supuestos en que no existiendo dicha «igualdad», la admisión del recurso está prácticamente garantizada. Es la denominada contradicción *a fortiori*, término que, por definición, implica desigualdad, pero que no impedirá el conocimiento de la cuestión planteada en el recurso de casación para la unificación de doctrina (en adelante RCUD), pretendiendo garantizar, hasta sus límites máximos, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, y como supuesto jurisprudencialmente utilizado, aunque doctrinalmente desconocido, parece conveniente examinar lo que en este estudio se aborda bajo la denominación «contradicción *a posteriori*», caso particular de análisis de la contradicción que exige, como se esboza en la definición aventurada en el trabajo, el previo análisis del fondo del asunto para posteriormente concretar si la contradicción existe o no.

En definitiva, el presente estudio abordará estas tres cuestiones –contradicción ordinaria, *a fortiori* y *a posteriori*–, dos de ellas no abordadas en los estudios sobre RCUD, pero de especial trascendencia en el marco jurídico-conceptual del recurso.

³³⁶ Vid. MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en material laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz* (Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco T. Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 60-62.

2. LA CONTRADICCIÓN «ORDINARIA» COMO REQUISITO BÁSICO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Obviando los interesantes argumentos que pueden esgrimirse en torno al control judicial de la potestad discrecionalidad y de la discrecionalidad judicial que podrían ser el origen remoto del RCU³³⁷, del artículo 219 LRJS se extrae la conclusión de que la finalidad última del RCU es evitar que existan sentencias contradictorias, fenómeno que puede producirse dada la diversidad de órganos judiciales encargados de resolver los problemas jurídicos que se someten a su consideración. Son muchas las cuestiones que pueden abordarse respecto de su naturaleza y finalidad³³⁸, entre otras, su naturaleza nomofilática y su excepcionalidad³³⁹, pero es ésta una cuestión que excede del ámbito de este estudio, por lo que sirva su simple mención a los efectos del examen de qué haya de entenderse por contradicción ordinaria –cuestión ésta de especial trascendencia y dificultad, y necesitada de un detallado análisis–, y por contradicción *a fortiori* y *a posteriori*, en cuanto que aspectos de la contradicción no examinados por la doctrina.

Igualmente interesantes son las discusiones en torno a qué sentencias son idóneas tanto a los efectos de ser recurridas en casación para la unificación de doctrina³⁴⁰ (en adelante CUD), como a efectos de ser invocadas como sentencia de contraste. E igualmente importante es el análisis de qué debe entenderse por firmeza que debe adquirir la sentencia de contraste a efectos de ser suscep-

³³⁷ Vid. CANO GALÁN, Y. «La discrecionalidad casacional en el orden jurisdiccional social», *Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, AA.VV. Cazorla Prieto, L. M., Cancio Fernández, R. C. (Coords.), Aranzadi, 2017.

³³⁸ Un análisis con mayor detalle de esta cuestión, se contiene en el estudio incluido en la presente obra por GARCÍA MURCIA, J., «La finalidad institucional del recurso de casación para unificación de doctrina y el papel de la jurisprudencia en su configuración».

³³⁹ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Los recursos de casación laboral», *Memento práctico recurso de casación* (Córdoba Castroverde, Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 217, pp. 517 y 518; DE MIGUEL LORENZO, A., «El recurso de casación para la unificación de doctrina: ¿un recurso excepcional?», *Relaciones Laborales*, 1994, p. 223.

³⁴⁰ DESDENTADO BONETE, A., «Recurso de casación, decisiones recurribles», en AA. VV., *Diccionario Procesal Social*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 672-678, «La contradicción de sentencias en la unificación de doctrina», *La Ley*, nums. 3971 y 3999/1996, y «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina», en *El proceso laboral*, Lex Nova, 2001, p. 173

tible de unificación³⁴¹, pero todas ellas son cuestiones que, igualmente, exceden del ámbito de este estudio³⁴².

2.1 Definición de contradicción ordinaria

Concreta el artículo 219 LRJS que «El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

La contradicción que estamos denominando como «ordinaria» es aquella que exige una comparación de las sentencias recurrida y de contraste de la que resulte que las mismas son iguales respecto de hechos, fundamentos y pretensiones. En otros términos, contradicción ordinaria es aquella a la que refiere en exclusividad el artículo 219 LRJS. Dicha «identidad sustancial», se relaja, sin embargo, cuando se invocan de contraste las sentencias de lo que se consideran Tribunales mayores, es decir, Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero nuevamente ésta es una cuestión que excede del ámbito del presente estudio.

2.2 La necesidad de igualdad sustancial entre las resoluciones comparadas

Salvado el obstáculo de la elección de la resolución idónea, para que se produzca la finalidad unificadora que se pretende con el RCU, es necesario que ésta sea realmente contradictoria con la sentencia invocada de contraste. El examen de la contradicción es aparentemente sencillo, sin embargo, en la práctica, suele ser complejo encontrar sentencias que permitan cumplir con la

³⁴¹ Vid. MONTROYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Aranzadi Social*, Vol. V, 1998, p. 741; DESDENTADO BONETE, A., «La contradicción de sentencias...», *op. cit.*, p. 178; MOLERO MARAÑÓN, M. L., «Una nueva valoración crítica de la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina», en *Relaciones laborales*, núm 13, 2002, pp. 159 ss.

³⁴² Un estudio más extenso sobre esta cuestión se contiene en esta misma obra en el estudio de AGUT GARCÍA, C., «La sentencia de contraste en el recurso de casación para unificación de doctrina».

exigencia prevista en el artículo 219.1 LRJS, en relación a que las sentencias sean «contradictorias entre sí (...) respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos». La labor incluye el análisis de cuatro elementos de comparación: hechos, fundamentos, pretensiones –que deberán ser «sustancialmente» iguales– y fallos –que deberán ser necesariamente contradictorios–. Es necesario hacer una serie de precisiones para identificar cuándo dos sentencias son «sustancialmente iguales», concepto sinónimo de «identidad»³⁴³, ya que solo entonces se abrirá la puerta de la admisión del RCU. Dado que la labor es más compleja de lo que en apariencia parece, más que de igualdad sustancial, parece conveniente referirnos a este extremo como «identidad».

2.2.1 IDENTIDAD EN LOS HECHOS

Parece difícil, cuando no imposible, el que existan dos sentencias con hechos «sustancialmente iguales», y ello por cuanto al menos no existirá igualdad en los nombres de las partes, en la antigüedad, en el salario o en otra serie de extremos. Es por ello que el artículo 219 LRJS no exige que exista «igualdad» a secas, sino que refiere a una especie de «identidad»³⁴⁴. Los hechos que deberán ser iguales serán aquéllos que tienen que ver con el objeto del RCU –el núcleo de la contradicción– y no tanto con los accesorios, salvo cuando éstos sirvan a la sentencia que se recurre para justificar las razones del fallo. Desde esta perspectiva, las diferencias en la antigüedad del trabajador no serán importantes, salvo que, por ejemplo, se esté discutiendo si la excesiva prolongación en el tiempo de un contrato temporal convierte a éste en indefinido. Desde esta perspectiva, si lo que se discute es la calificación de un despido, no

³⁴³ La doctrina ha distinguido entre lo que se denomina «identidad integral» que no concordaría con el término identidad que estamos manejando, al haberse identificado con la «comparación entre las tesis abstractas empleadas por las sentencias de contraste dejando de lado los elementos fácticos, incluso las peticiones ejercitadas por las partes» (MERCADER UGUINA, J. R., «Las travesías por la incertidumbre del recurso de casación para la unificación de doctrina», *Relaciones Laborales* núm. 18, 2005, p. 684) y la «homogeneidad integral» (SEMPERE NAVARRO, A., *El recurso de casación para la unificación de doctrina*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 51), que sería más coincidente con el término acogido en este estudio.

³⁴⁴ Vid. GARCÍA MURCIA, J., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una primera aproximación», *CEF*, núm. 435, 2019, p. 145, y DE LA PUEBLA PINILLA, A. M., «Algunas precisiones sobre la contradicción en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina», *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 1993, pp. 281-289.

será lo mismo el sustraer unas barras de pan, que unas prendas de ropa³⁴⁵, o no será igual dormirse «encima de una colchoneta hinchable y tapadas con unas mantas», que «descansar en postura de reposo»³⁴⁶.

La concreción de qué hechos probados deben ser objeto de comparación tampoco es tarea sencilla. En principio éstos son los que aparecen en la relación de hechos probados de las sentencias recurrida y de contraste (no se comparan antecedentes de hecho), pero dado que uno de los motivos de suplicación es precisamente la modificación de hechos probados, éstos pueden contenerse en la fundamentación jurídica de las sentencias (recurrida y de contraste). En la práctica, solicitada en suplicación la revisión de hechos probados, dicha solicitud puede terminar de tres maneras: 1) Se admite totalmente la revisión, bien mediante la supresión de un hecho probado en particular, en cuyo caso dicho hecho se entenderá no puesto y no servirá a efectos de comparación, bien mediante la incorporación de un nuevo hecho, en cuyo caso deberá tenerse en cuenta el mismo a efectos de comparación; 2) Se admite parcialmente la revisión, bien mediante la supresión parcial de un hecho probado, en cuyo caso habrá que tener en cuenta el hecho probado pero no en su totalidad, sino eliminando los extremos suprimidos respecto de los que no se realizará la comparación, o bien mediante la incorporación parcial de un nuevo hecho, en cuyo caso la comparación deberá realizarse teniendo en cuenta no solo el hecho probado, sino también la incorporación parcial del nuevo hecho; y 3) Se deniega total o parcialmente la revisión, en cuyo caso habrá que tener en cuenta el motivo de denegación, ya que si la misma ha sido por considerar la Sala que el hecho cuya modificación, adición o eliminación se pretende, no es trascendente para resolver el asunto, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo deberá examinar si dicha revisión sí era realmente trascendente, pudiendo tener en cuenta el mismo³⁴⁷.

En ocasiones existe discrepancia entre los hechos que constan como probados y los que han sido tenidos en cuenta en la fundamentación jurídica de la sentencia para resolver la cuestión planteada. En estos supuestos, la comparación deberá hacerse, siempre, con los hechos que constan probados³⁴⁸. Es po-

³⁴⁵ Supuesto examinado en el ATS 8 de agosto de 2008 (Rec. 3020/2007)

³⁴⁶ Supuesto examinado en el ATS 16 de febrero de 2011 (Rec. 2890/2010). Es por ello que es extremadamente difícil (por no decir prácticamente imposible), que la Sala 4.^a del Tribunal Supremo entre a conocer de la calificación de los despidos disciplinarios, y lo mismo ocurre con otras materias como la extinción del contrato de trabajo a voluntad del trabajador, la determinación de la existencia de relación laboral o de la concreción de los grados incapacitantes.

³⁴⁷ SSTS 18 de mayo de 2015, 14 de marzo de 2012 y 22 de junio de 2011.

³⁴⁸ Especialmente interesante es la STS (Pleno), 26 de septiembre de 2017 (Rec. 2445/2015), que prima lo dispuesto en los hechos probados respecto de los argumentos esgrimidos en la sentencia recurri-

sible también que en la fundamentación jurídica de la sentencia se hayan tenido en cuenta hechos que no consten en la relación de hechos probados. En este supuesto dichos hechos pueden ser tenidos en cuenta a efectos de comparación y comprobación de la existencia o no de contradicción.

En el caso de que no se supere el juicio de contradicción respecto de los hechos –existencia de igualdad sustancial en los hechos de las sentencias recurrida y de contraste–, se cerrará la vía del RCU, inadmitiéndose el mismo por falta de contradicción respecto de los hechos que constan probados.

2.2.2 IDENTIDAD EN FUNDAMENTOS

Superada la contradicción respecto de hechos, para que se admita el RCU es preciso que exista, además, identidad en los fundamentos. El término no puede confundirse con la fundamentación jurídica de la sentencia, ya que ésta, al contener los argumentos por los que se alcanza el fallo, deberán ser necesariamente diferentes, ya que en caso contrario no tendría sentido la unificación, además de que se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes respecto de las que se dicta la sentencia por cuanto no se tendrían en cuenta sus argumentaciones³⁴⁹. En realidad, como se ha señalado, «la identidad no deriva tanto de cuáles sean los fundamentos jurídicos utilizados por las sentencias comparadas, que pueden ser distintos, pero hay identidad si el debate es el mismo y se ha resultado en sentido contrario»³⁵⁰.

Para que exista igualdad sustancial en fundamentos es necesario que las infracciones legales denunciadas sean las mismas. Respecto de las disposiciones legales, éstas deberán referir al mismo precepto de la misma norma. Puesto que éstas están sometidas a cambios legislativos, si el cambio es sustancial, nunca podrá existir contradicción por no existir identidad en los fundamentos, si por el contrario éstas no son sustanciales (por ejemplo, un simple cambio de

da en casación unificadora, para otorgar la condición de víctima de violencia de género a la solicitante de pensión de viudedad que no cumplía los requisitos exigidos legalmente para el percibo de la misma.

³⁴⁹ Permítaseme una crítica al cada vez más frecuente «corta y pega» que se utiliza en la fundamentación jurídica de las sentencias, consistente en transcribir partes de otras sentencias que resuelven cuestiones similares, para después simplemente indicar que aplicando la doctrina de dichas sentencias al supuesto enjuiciado se estima o desestima el recurso. Ello provoca no solo que sea difícil realizar el examen de la contradicción respecto de los fundamentos de las resoluciones comparadas, sino que además, no siempre satisface la verdadera finalidad de la sentencia: la aplicación de la normativa al supuesto particular examinado, ya que necesariamente éstos serán distintos en las sentencias que se transcriben, salvándose dudosamente el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte recurrente cuando simplemente se indica que se aplicará dicha doctrina transcrita al supuesto examinado.

³⁵⁰ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «El recurso de casación...», *op. cit.* p. 533.

la referencia a un precepto de la misma norma que tampoco se ha modificado), el hecho que exista una modificación no afecta a la existencia de contradicción. Respecto de las alegaciones de infracción de normas convencionales, la técnica es la misma. Es posible que el convenio colectivo sea el mismo pero en versiones diferentes (p. ej. I Convenio Colectivo de X y II Convenio Colectivo de X), en cuyo caso, si el texto del precepto invocado es idéntico, o las diferencias no afectan al sentido último del precepto, existiría identidad en los fundamentos. Igualmente existe dicha identidad aunque las normas convencionales sean distintas e incluso lo sea el precepto denunciado cuando el texto es el mismo (p. ej. textos idénticos del artículo 23 del Convenio Colectivo de X y artículo 135 del Convenio Colectivo de Y).

En el caso de que no se supere el juicio de contradicción respecto de los fundamentos de las sentencias recurrida y de contraste –incluso aunque exista igualdad en los hechos– se inadmitirá el RCU por falta de contradicción al no existir identidad en los fundamentos de las resoluciones comparadas, o por ser distintas las razones de decidir de las sentencias sometidas a comparación.

2.2.3 IDENTIDAD DE PRETENSIONES

Cualquier demanda y posterior recurso contiene una pretensión en particular: que se declare la improcedencia de un despido, que no se aprecie prescripción, que se reconozca un grado incapacitante, que se aprecie la existencia de cesión ilegal, que se abone un complemento de incapacidad temporal, etc. Para que exista contradicción es preciso que exista identidad en las pretensiones, lo que tiene que ver con que «lo pedido por la parte, o las resistencias mostradas por la contraparte, han de ser las mismas en los casos comparados»³⁵¹. Las pretensiones refieren a las planteadas en suplicación, de forma que nunca podrá tratarse de cuestiones nuevas –no planteadas en suplicación y después, *per saltum*, planteadas en CUD–, ni tampoco de cuestiones sobre las que la Sala no se ha pronunciado a pesar de haberse planteado³⁵².

³⁵¹ SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J. M., «El recurso de casación...», *op. cit.* p. 535.

³⁵² En estos supuestos, suele ser un error el tratar de plantear dicha cuestión en CUD, ya que no existiría doctrina que unificar al no resolverse sobre ese extremo en la sentencia. Lo conveniente en estos casos sería presentar un RCU esgrimiendo incongruencia, supuesto éste en que si bien también debería invocarse una sentencia de contraste que debería ser sustancialmente idéntica a la recurrida, es mucho más probable que sí lo sea respecto de la cuestión planteada. Un análisis más profundo de esta cuestión se examina en otro capítulo de esta misma obra: GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Recurso de casación para unificación de doctrina e infracciones de carácter procesal».

El concepto de «pretensión», en los términos admitidos en el RCUD, abarca, sin embargo, un espectro más amplio. Como se afirma por la doctrina, las pretensiones «no solo se delimitan por lo que se pide», sino por el concurso de diversos «elementos subjetivos, fácticos y jurídicos»³⁵³. Aunque el artículo 219.1 LRJS alude a «pretensiones», en realidad referiría al «fundamento de la pretensión», es decir, a la relación entre los hechos y el derecho esgrimido para reconocer o denegar lo pedido. Se insiste, no es lo mismo la pretensión o el fundamento de la misma, y la fundamentación legal de la pretensión³⁵⁴. Como se ha indicado, «El fundamento se identifica con la causa de pedir, que tiene un elemento meramente fáctico y otro jurídico, aunque éste puede quedar implícito o incluso expresarse defectuosamente»³⁵⁵, o como «el hecho o conjunto de hechos que puestos en relación con la norma justifican la pretensión»³⁵⁶, por el contrario, la fundamentación legal, será «la forma de presentar los argumentos» y la determinación de «los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y los principios jurídicos citados»³⁵⁷.

En definitiva, nunca existiría identidad en las pretensiones si en la sentencia recurrida se discute la existencia de cesión ilegal y en la de contraste la existencia de responsabilidad en supuestos de contratas o subcontratas, o si en la sentencia recurrida se pretende la declaración de existencia de relación laboral y en la de contraste la calificación de un despido como procedente.

Nuevamente, si dicha identidad en las pretensiones –en los términos expuestos– no existiera, se inadmitiría el RCUD por falta de contradicción al ser distintas las pretensiones planteadas en las sentencias objeto de comparación, y ello a pesar de que sí existiera identidad en hechos y fundamentos.

2.2.4 FALLOS CONTRADICTORIOS

Sorprende con qué frecuencia se inadmiten RCUD por no contener las resoluciones comparadas fallos contradictorios. La razón hay que encontrarla

³⁵³ Y DESDENTADO BONETE, A., «Los problemas procesales del caso Diego Porras. Una reflexión crítica sobre la congruencia en el proceso social», *El Derecho*, núm. 2, 2019.

³⁵⁴ Vid. DESDENTADO BONETE, A., «La nueva casación para la unificación de doctrina en la ley reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013, p. 103

³⁵⁵ DESDENTADO BONETE, A., «Los problemas procesales...», *op. cit.*

³⁵⁶ DESDENTADO BONETE, A., «La nueva casación...», *op. cit.*, p. 103.

³⁵⁷ DESDENTADO BONETE, A., «Los problemas procesales...», *op. cit.*, con cita de DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, CEURA, Madrid, 2000 pp. 406,407.

en que la parte recurrente suele centrarse en buscar sentencias de contraste que sean sustancialmente idénticas en hechos, fundamentos y pretensiones con la recurrida, obviando que el RCUD solo podrá admitirse cuando los fallos sean divergentes. Existirán fallos contradictorios cuando las pretensiones respecto de hechos sustancialmente idénticos sean las mismas, y la razón de decidir de las Salas de las sentencias sometidas a comparación sean igualmente las mismas, pero, sin embargo, alcancen una solución diferente por una distinta interpretación de la infracción legal denunciada.

Si por ejemplo se plantea la cuestión de cómo se tiene que acreditar la existencia de la pareja de hecho a efectos de la percepción de una pensión de viudedad, es posible que exista identidad en los hechos probados (en ambos supuestos se trata de viudas que convivieron con el causante durante un mismo periodo de tiempo, pero no se inscribieron en ningún registro de parejas de hecho), en las pretensiones (que se reconozca el derecho a la pensión de viudedad), y en los fundamentos (ambas sentencias interpretan el art. 221 LGSS), y solo se admitirá el RCUD si en la sentencia recurrida se entiende que los supuestos de acreditación de la existencia de la pareja de hecho previstos en el precepto suponen un *numerus clausus*, y por lo tanto se deniega la pensión, mientras que en la sentencia de contraste se entiende que se trata de un *numerus apertus* y por lo tanto se reconoce la pensión –por poner solo un ejemplo–.

3. LA CONTRADICCIÓN A *FORTIORI* Y LA RUPTURA DE LA NECESIDAD DE IGUALDAD SUSTANCIAL EN LOS HECHOS PROBADOS

3.1 Definición

Dejando aparte los supuestos en que no es necesario examinar la existencia de contradicción para que se admita el RCUD, por tratar el mismo sobre aspectos que afectan al orden público procesal³⁵⁸, existe la posibilidad de que extraordinariamente se admita el RCUD sin que exista una igualdad sustancial en los hechos que constan probados: es lo que se denomina contradicción *a fortiori*. El término, cuya traducción es «con mayor motivo», permite apreciar

³⁵⁸ Son los supuestos de incompetencia funcional, material e internacional, afectación general y aplicación del efecto de cosa juzgada, ya que debe apreciarse la misma de oficio al afectar al orden público procesal como así han afirmado las SSTs 13 de noviembre de 2019 (Rec. 2945/2017), 17 de julio de 2019 (Rec. 3971/2016), 25 de mayo de 2019 (Rec. 1734/2017), 11 de abril de 2019 (Rec. 3099/2016) y 23 de enero de 2019 (Rec. 186/2017), por poner solo algunos ejemplos del último año.

la existencia de contradicción –requisito básico para la admisión del RCUD– aunque los hechos probados de las resoluciones comparadas difieran, aunque solo en el supuesto en que siendo éstos «sustancialmente iguales» respecto de la cuestión planteada en CUD, los de la sentencia de contraste vayan «más allá» de los de la sentencia recurrida.

La jurisprudencia lo ha definido como los «supuestos en los que, aun no existiendo igualdad propiamente dicha en los hechos, sin embargo, el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que los hechos fueran los mismos»³⁵⁹.

Por otro lado, y aunando la traducción terminológica con el concepto, se ha ampliado dicha definición afirmando que «La contradicción *a fortiori* es una locución latina que significa «con mayor motivo», lo que aplicado en estos casos supone que si en un caso se resolvió en un sentido en el posterior debería resolverse igual «con mayor motivo», esto es por ofrecerse mayores razones para obtener este resultado»³⁶⁰, o en términos más simples, existiría contradicción *a fortiori* cuando «la sentencia de comparación ha ido más allá que la recurrida porque llega a la conclusión pretendida en ésta, pese a basarse en afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión»³⁶¹. Poniendo el ejemplo tradicional utilizado para identificar la contradicción *a fortiori*, ésta existiría cuando se deniega la incapacidad permanente total a un ciego y se reconoce a un tuerto³⁶².

3.2 Hechos probados *a fortiori*

Debe señalarse que siempre que se aprecie la existencia de contradicción *a fortiori* –existiendo igualdad sustancial en pretensiones y fundamentos, y siendo los fallos contradictorios–, deberá admitirse el RCUD, y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo deberá entrar, aunque no exista una identidad real

³⁵⁹ SSTS 26 de noviembre de 2019 (Rec. 2820/2018), 7 de noviembre de 2017 (Rec. 3573/2015), 3 de mayo de 2017 (Rec. 2356/2015), 30 de septiembre de 2016 (Rec. 3930/2014), 15 de septiembre de 2016 (Rec. 3272/2015), 1 de junio de 2016 (Rec. 2923/2016), 11 de febrero de 2016 (Rec. 2806/2014), 10 de noviembre de 2009 (Rec. 2514/2008) y 29 de junio de 2006 (Rec. 5380/2004).

³⁶⁰ STS 14 de junio de 2018 (Rec. 1729/2016), en que no se apreció la misma «porque los indicios de existencia de relaciones laborales son fuertes en el caso de la sentencia de contraste y endebles por no decir inexistentes en el caso de la sentencia recurrida».

³⁶¹ SSTS 2 de noviembre de 2017 (Rec. 3256/2015), 21 de diciembre de 2016 (Rec. 1936/2015), 4 de octubre de 2016 (Rec. 689/2015), 20 de enero de 2016 (Rec. 3106/2014), 20 de enero de 2015 (Rec. 3212/2013), 7 de diciembre de 2011 (Rec. 777/2011), 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008), 14 de mayo de 2008 (Rec. 884/2007) y 20 de febrero de 2007 (Rec. 3654/2005).

³⁶² MOLINER TAMBORERO, G., *El recurso...*, *op. cit.* p. 87.

en hechos probados, a resolver de la cuestión planteada mediante sentencia, pudiendo solo inadmitir el mismo por auto cuando existiendo contradicción *a fortiori* respecto de determinados hechos probados, no exista identidad en las pretensiones o en los fundamentos, o el resto de hechos probados necesarios para resolver la cuestión planteada sean diferentes³⁶³.

Para que exista contradicción *a fortiori* la comparación deberá realizarse respecto de los hechos que justifiquen la necesidad de resolver la cuestión planteada en CUD, es decir, no se exige que respecto de todos los hechos probados, los de la sentencia de contraste vayan «más allá» de la recurrida, sino solo aquellos que sean homogéneos (mayor tiempo de impago de salarios en supuestos de extinción de la relación laboral ex art. 50 ET, mayores lesiones en el supuesto de reconocimiento en situación de gran invalidez, mayor expresión de la carta de despido a efectos de calificar éste, etc.), siempre y cuando el objeto del RCUUD verse sobre una cuestión íntimamente relacionada con dichos hechos. Pero no solo ello, para que exista contradicción *a fortiori* se exige una comparación entre los hechos y el fallo, que necesariamente deberá ser divergente, de ahí que en todos los casos examinados por la Sala 4 del Tribunal Supremo siempre se haga referencia a dichos hechos y se suela argumentar sobre las razones por las que a hechos probados que tienen más valor en un supuesto (sentencia recurrida) que en otro (sentencia de contraste), se reconoce una pretensión en la de menor valor que se deniega en la de mayor valor.

3.3 ¿Fundamentos *a fortiori*?

Si la contradicción *a fortiori* necesariamente refiere a hechos probados, existen sin embargo en la práctica situaciones en que ésta se aprecia examinando los fundamentos. Dicha situación refiere más a la contradicción *a posteriori* (con los límites que posteriormente examinaremos), que con la contradicción *a fortiori*, sin embargo, no son pocos los supuestos en que la misma se ha apreciado y el RCUUD ha sido admitido y se ha resuelto la cuestión planteada.

Ello ha acontecido en la STS 27 de marzo de 2013 (Rec. 1291/2012), en que, discutiéndose la calificación de un despido disciplinario por incomparecencia al trabajo tras la denegación de la incapacidad permanente y el alta médica, en la sentencia de contraste se reconoce el alta médica y se justifican

³⁶³ Lo que ha ocurrido, por ejemplo, en AATS 25 de septiembre de 2019 (Rec. 791/2019), 16 de julio de 2019 (Rec. 4923/2018), 20 de noviembre de 2018 (Rec. 1320/2018), 28 de marzo de 2017 (Rec. 2742/2016), 28 de marzo de 2017 (Rec. 1651/2016), 28 de junio de 2017 (Rec. 551/2017), entre otros muchos.

las faltas al trabajo por desconocimiento de la normativa legal y reglamentaria y se declara la improcedencia del despido, mientras que en la de recurrida no se aceptan dichas «excusas». En realidad el supuesto no implica un simple análisis de hechos probados, sino que se conectan éstos con la razón de decidir de las sentencias para alcanzar la conclusión de que a idénticos hechos probados, la solución alcanzada es de menor valor en la sentencia recurrida que en la de contraste, abriendo la puerta al RCUD.

Igualmente la STS 27 de junio de 2011 (Rec. 3666/2010) apreció la existencia de contradicción *a fortiori* «porque la sentencia de contraste llega a decir que, aunque se trate de la misma patología, procede reconocer la prestación si no existen otros elementos objetivos que justifiquen su denegación», planteándose como cuestión el derecho a la prestación de IT cuando el trabajador agotó los 18 meses de percepción de la prestación y existió alta con declaración de inexistencia de incapacidad permanente, iniciándose nuevo proceso de IT antes de transcurrir 6 meses desde el alta, y si debía entenderse que la misma era de igual o similar patología, lo que nuevamente no implica otorgar mayor valor a unos hechos probados respecto de otros, sino a la solución jurídica alcanzada.

Por su parte, en la STS 21 de octubre de 2010 (Rec. 806/2010), en que se discutía la responsabilidad de la nueva adjudicataria del servicio de limpieza de edificios y locales respecto de trabajadores de la empresa saliente –que era un centro especial de empleo–, se aprecia contradicción *a fortiori* cuando la sentencia de comparación determinó que el convenio aplicable era el Convenio estatal y la recurrida el provincial, siendo ésta una cuestión que afecta no a los hechos probados, sino a la fundamentación jurídica de las sentencias y que en realidad examina el fondo del asunto para determinar en qué norma se establecen las responsabilidades empresariales.

Igualmente confunde la contradicción *a fortiori* –que necesariamente deberá referir a los hechos probados– con una fundamentación de mayor valor en la sentencia de contraste que en la recurrida, la STS 29 de abril de 2010 (Rec. 2196/2009), en que se entiende que ésta existe –discutiéndose si el INSS tiene que anticipar el pago de una IT cuando el trabajador fue dado de baja en la Seguridad Social días antes de que se produjera la baja médica por enfermedad común–, cuando en la sentencia de contraste se revoca la de instancia y se absuelve al INSS de la obligación de abono del anticipo de la IT cuando el actor no se encontraba en alta en el momento de iniciar la situación de incapacidad temporal, mientras que en la recurrida se aplica el principio de automaticidad condenando al INSS.

Las SSTS 10 de noviembre de 2009 (Rec. 2514/2008) y 22 de diciembre de 2008 (Rec. 3460/2006) aprecian contradicción *a fortiori* cuando «la deci-

sión de la sentencia recurrida considera procedente el cese del trabajador aún en el marco de una regulación normativa (...) que había derogado la posibilidad legal –expresa– de pactar colectivamente la extinción contractual por el cumplimiento de la edad de jubilación, en tanto que la sentencia de contraste declara –contrariamente– que el cese constituye despido improcedente», en un supuesto en que se discutía si procedía declarar la improcedencia del despido de un trabajador al que se le extinguió la relación laboral por jubilación forzosa. Puesto que lo que la sentencia denomina contradicción *a fortiori* se sustenta en una modificación normativa menos restrictiva a efectos del reconocimiento de la pensión –que se deniega en la recurrida y se reconoce en la de contraste– aun con una normativa más restrictiva, en realidad la contradicción se apreció por existir fundamentos con mayor valor³⁶⁴, labor ésta más propia de la contradicción *a posteriori* que se examinará más adelante.

La STS de 22 de septiembre de 2006 (Rec. 1289/2005), por su parte, examina la existencia de contradicción *a fortiori* pero centrando su examen en la puesta en conexión de la interpretación de los requisitos exigidos normativamente para tener derecho a la jubilación anticipada por idoneidad de la persona contratada como relevista, y los hechos que constando probados deberían tenerse en cuenta, y ello cuando se afirma que la contradicción *a fortiori* existe «porque parece exigible a efectos de unificación de doctrina confrontar ambas sentencias, teniendo en cuenta que si esta comparación habría de hacerse en el caso de que ambas hiciesen interpretación distinta sobre las condiciones del sustituto para ser contratado, con mayor razón habrán de compararse cuando en la segunda, la de contraste, ni siquiera se hace cuestión de la posible ilicitud de la contratación, sino que se afirma lisa y llanamente que las posibles irregularidades no afectan al sustituido que se jubila anticipadamente, mientras no conste su implicación en la contratación irregular». Nuevamente la comparación no se realiza respecto de hechos, sino en relación con las razones de decidir de las Salas de las resoluciones comparadas, supuesto ése, otra vez, relacionado con lo que estamos denominando en este trabajo contradicción *a posteriori*.

Abundando en la cuestión, la STS de 25 de octubre de 2005 (Rec. 1129/2004), parece confundir la contradicción en hechos con los diferentes fundamentos, ya que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* cuando se admite que la empresa decida la jubilación forzosa con fundamento en un convenio colectivo suscrito cuando tenía la adecuada habilitación legal, y en la recurrida el convenio era posterior a la norma que prohibió la jubilación forzosa, y ello por

³⁶⁴ Vid. el análisis de la «identidad en fundamentos» analizada en el presente estudio.

entender que «nos encontramos, si no ante una contradicción en estrictos términos formales, ante una patente contradicción implícita entre ambas, o sea, ante una contradicción más profunda que la aparecida, lo que permite a la Sala llegar a la conclusión de admitir este recurso».

Un caso más límite es el examinado en la STS 20 de diciembre de 2001 (Rec. 1661/2001), que apreció contradicción *a fortiori* en un supuesto en que discutiéndose el reintegro de gastos médicos por operación de Parkinson, en la sentencia recurrida se cuestiona la existencia o no de medios por parte del servicio público de salud para poder realizar el tratamiento, y se deniega el reintegro, y en la de contraste no y se reconoce el reintegro, y ello por cuanto en realidad no se estarían comparando hechos (que son los mismos), sino los debates planteados y resueltos en ambas sentencias en relación a si existían o no medios por el servicio público de salud para llevar a cabo el tratamiento abonado por el beneficiario, cuestión ésta extramuros del RCUD, pero íntimamente relacionada con la cuestión planteada, por lo que la admisión, en realidad, se habría realizado más por la finalidad del RCUD, que por el análisis de la contradicción que abriría la puerta al RCUD.

Y así mismo la STS 17 de julio de 2000 (Rec. 3051/1999) aprecia contradicción *a fortiori* planteándose si procede la declaración de incapacidad permanente, encontrándose el trabajador en situación de desempleo y no pudiendo solicitar previamente una incapacidad temporal por no estar trabajando para ninguna empresa, cuando en la sentencia de contraste se discute si el periodo de incapacidad temporal debe computarse a efectos de cotización y se reconoce la incapacidad permanente, y en la recurrida dicho debate no consta y no se reconoce la incapacidad permanente.

En definitiva, del examen de las sentencias comentadas podría deducirse que la contradicción *a fortiori* no solo existe cuando los hechos probados de la sentencia recurrida sean de mayor valor que los de la sentencia de contraste y aún así se deniegue el reconocimiento de la pretensión, sino también cuando los fundamentos sean de mayor valor en la sentencia recurrida que en la de contraste, y se deniegue igualmente el reconocimiento de la pretensión, pero ello, conforme a la definición de la contradicción *a fortiori* examinada, no cuadraría en la misma, habiéndose admitido en todos estos supuestos el RCUD por lo que en este trabajo se denomina contradicción *a posteriori*, término no utilizado en las sentencias por cuanto el mismo es inédito en la jurisprudencia sobre el RCUD, a pesar de recurrir a su examen cuando sea necesario para garantizar la finalidad otorgada al RCUD.

3.4 Los supuestos admitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

No son pocas las situaciones en que se ha admitido la aplicación de la denominada contradicción *a fortiori* para reforzar la existencia de contradicción y por lo tanto admitir y resolver el RCUD. En el marco de exhaustividad que se pretende con el presente estudio, parece conveniente, por lo tanto, examinar los supuestos en que las sentencias de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo dictadas resolviendo RCUD, han apreciado la existencia de contradicción *a fortiori*, sistematizando éstas en atención a las materias examinadas. Debe indicarse que existen materias respecto de las que es más frecuente que se aprecie la existencia de contradicción *a fortiori* que otras, aunque no existe mayor probabilidad de su apreciación respecto de cuestiones de Seguridad Social o de Derecho del Trabajo.

3.3.1 CONTRADICCIÓN A FORTIORI Y CUESTIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

En materia de Seguridad Social, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en supuestos relativos a: incapacidad permanente, reintegro de gastos médicos, accidente de trabajo y enfermedad profesional, viudedad, jubilación, prestación a favor de familiares, desempleo y otras.

A nadie se le escapa que resulta prácticamente imposible que se admita un RCUD en supuestos en que se pretende la revisión de un grado de incapacidad –la Sala 4.^a del Tribunal Supremo no entra a conocer de dicha cuestión³⁶⁵–, sin embargo, existe la posibilidad de abrir la puerta al RCUD cuando pueda apreciarse la existencia de contradicción *a fortiori*. En la práctica, se ha

³⁶⁵ La propia Sala 4.^a del Tribunal Supremo en los Autos de inadmisión de los RCUD sobre estas cuestiones, señala que «la Sala ha venido señalando con reiteración que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general» añadiéndose que «este tipo de litigios carece de interés –o contenido– casacional y que su acceso al recurso no solo resulta inadecuado en orden a la función unificadora que les propia, sino que comprometería gravemente su funcionamiento, con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social» [AATS de 10 de diciembre de 2019 (Rec. 2765/2019), 10 de diciembre de 2019 (Rec. 7287/2019), 10 de diciembre de 2019 (Rec. 2765/2019), 10 de diciembre de 2019 (Rec. 625/2019), 10 de diciembre de 2019 (Rec. 2753/2019), 4 de diciembre de 2019 (Rec. 1443/2019) y 3 de diciembre de 2019 (Rec. 1774/2019), por poner solo unos ejemplos el último mes].

admitido el RCUD en la STS de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1442/2016), que aprecia contradicción *a fortiori* solicitándose el grado de gran invalidez, cuando en la sentencia recurrida el beneficiario tiene una agudeza visual de 0,12 y se deniega el grado, y sin embargo se reconoce éste en la sentencia de contraste, teniendo el beneficiario una agudeza visual mayor –del 0,15–. Por su parte, la STS 10 de febrero de 2015 (Rec. 1764/2014), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose si procede el reconocimiento en situación de gran invalidez, cuando en la sentencia recurrida se deniega dicho reconocimiento constanding que el recurrente necesita ayuda de otra persona para realizar desplazamientos fuera de su domicilio y tomar medicación, y nada de ello consta en la sentencia de contraste y aun así se reconoce la gran invalidez. Son estos supuestos claros de contradicción *a fortiori*, ya que la admisión del RCUD parte de la existencia de hechos probados distintos pero de mayor valor en la sentencia recurrida que en la de contraste, debiéndose obviar, en aras a garantizar la tutela judicial efectiva del recurrente en CUD, dicha desigualdad.

No puede sorprender que la materia en la que con mayor frecuencia se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* sea aquella en la que se discuten cuestiones relacionadas con el percibo de pensiones de incapacidad permanente, y ello por cuanto a nadie se le escapa la diversidad de soluciones alcanzadas por los Tribunales Superiores de Justicia respecto de una misma cuestión.

En particular, en la STS de 20 de marzo de 2019 (Rec. 2648/2017), en que se planteaba como cuestión si era compatible el percibo de una incapacidad permanente absoluta con la realización de trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, se apreció la existencia de contradicción *a fortiori* teniendo en cuenta que en la sentencia de contraste se reconoció la compatibilidad a un trabajador que percibiendo pensión de gran invalidez prestaba servicios a tiempo completo, y en el supuesto de la sentencia recurrida no se reconoce la compatibilidad a pesar de que los mismos servicios se prestaban a tiempo parcial. También la STS de 10 de noviembre de 2016 (Rec. 5208/2016) aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose si se tiene derecho a una incapacidad permanente absoluta por cumplir el requisito de asimilación al alta, cuando en la sentencia recurrida el actor seguía en el sistema y percibía una pensión no contributiva y aun así no se le reconoce la prestación por entender que no cumplía el requisito de asimilación al alta, mientras que en la sentencia de contraste simplemente constaba que el actor estaba inscrito como demandante de empleo pero no percibía la pensión no contributiva, y sin embargo sí se le reconoce la prestación. Por su parte, la STS de 27 de febrero de 2012 (Rec. 1563/2011), aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute si el incremento voluntario de las bases de cotización en el RETA

influye en la base reguladora de la incapacidad permanente, cuando en la sentencia recurrida el incremento es anterior a la incapacidad temporal y no se reconoce el incremento a efectos de la determinación de la base reguladora, y en la de contraste es posterior y sí se reconoce el incremento.

La segunda materia en la que con mayor frecuencia se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* es la relativa a aspectos relacionados con el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. Así, la STS de 17 de abril de 2018 (Rec. 1777/2016), aprecia contradicción *a fortiori* discutiéndose si se rompe el nexo causal para apreciar la existencia de accidente *in itinere*, cuando en el supuesto de la sentencia recurrida antes del inicio del trayecto habitual de su domicilio al centro de trabajo la trabajadora compra yogures en un centro comercial cercano y se deniega la existencia de accidente *in itinere* (por ruptura del nexo causal), y en la de contraste se reconoce el mismo a pesar de que el trabajador se paró, no antes de iniciar el regreso a su domicilio, sino en mitad del recorrido, y no para adquirir productos básicos, sino para ir a un videoclub. En relación con la presunción de laboralidad del accidente, la STS de 22 de diciembre de 2010 (Rec. 719/2010) igualmente aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que discutiéndose si el infarto de miocardio que se inicia en los vestuarios de la empresa debía calificarse de accidente de trabajo, cuando en la sentencia recurrida el trabajador se encontraba en el vestuario a las 2 horas de iniciarse su jornada laboral y se declara la inexistencia de accidente de trabajo, mientras que en la de contraste el infarto acontece en el vestuario antes de iniciarse la jornada y se declara la existencia de accidente de trabajo. Por su parte, la STS de 12 de junio de 2013 (Rec. 793/2012), aprecia contradicción *a fortiori*, discutiéndose si procede la imposición de recargo de prestaciones derivada de accidente de trabajo (atraco), cuando en la sentencia recurrida existían cámaras de seguridad antes del atraco y se impone el recargo, y en la de contraste se instalaron las cámaras después del atraco y se exime a la empresa del recargo.

En relación con el derecho al percibo de prestaciones del sistema, se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en RCUD en que se planteaba el derecho al percibo de la pensión de viudedad, en la STS (Pleno) de 23 de marzo de 2006 (Rec. 5478/2004), en la que en un RCUD planteado por el INSS, se consideró que la contradicción existía en un supuesto en que se solicitó una pensión de viudedad que le fue denegada a la solicitante por el INSS por no cumplir el causante el periodo de carencia de 15 años al existir una demora en la inscripción como demandante de empleo del causante, siendo así que en la sentencia recurrida la demora en la inscripción era mayor que en la de contraste, y en la recurrida se reconoció la pensión y en la de contraste se denegó.

Respecto de la pensión de jubilación, la STS de 10 de febrero de 2015 (Rec. 256/2014), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute en el RCUD por el INSS el incremento de pensión por aplicación de la bonificación por edad derivada de la jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuando en la sentencia de contraste el trabajador se jubila con 63 años pudiendo hacerlo con 55 y no se aplican los incrementos, mientras que en la recurrida se accede a la jubilación desde la jubilación parcial y sí se aplican los incrementos.

Por su parte, y en relación con la prestación a favor de familiares, la STS de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 2255/2015), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que la sentencia recurrida reconoce el derecho a la prestación habiéndose producido el fallecimiento del causante sin que pasara un mes desde la presentación de demanda de divorcio por parte de su hija y solicitante de la prestación, firmando propuesta de convenio regulador y dictándose sentencia de divorcio a los dos días convalidando el convenio en que se renunciaba a pensión compensatoria, y se reconoció el derecho a la prestación, mientras que en la sentencia de contraste la demandante había residido en México, presentado demanda de divorcio en España, siendo declarado el marido en rebeldía y dictándose sentencia de divorcio 4 años después, y a pesar de la demora en dictar sentencia de divorcio, se denegó la prestación por no ser la solicitante soltera, divorciada o viuda.

Aunque pueda sorprender –por el volumen de asuntos que se resuelven en CUD– no son muchos los supuestos en que se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* afectando a cuestiones relacionadas con las prestaciones o subsidios de desempleo. La STS de 8 de julio de 2011 (Rec. 4232/2010) aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que discutiéndose si se tiene derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años cuando falta un periodo de inscripción como demandante de empleo, éste es de 3 años en la sentencia recurrida (que deniega el derecho al subsidio) y de solo 1 en la sentencia de contraste (que reconoce el derecho al subsidio). Por su parte, la STS de 11 de noviembre de 2003 (Rec. 4780/2002), aprecia contradicción *a fortiori* solicitándose subsidio por desempleo cuando en la sentencia de contraste se reconoce el derecho a quien lo solicitó a pesar de haber permanecido durante más de 3 años de baja en la oficina de empleo inscribiéndose solo 2 meses antes de solicitar el subsidio, mientras que en la sentencia recurrida se deniega a quien se inscribió como demandante de empleo durante 14 meses, después interrumpió la inscripción, y la reinició durante 3 meses antes de solicitar la prestación.

Existen otras cuestiones de Seguridad Social en que también se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori*, en particular, respecto del reintegro de gastos médicos, la STS de 4 de julio de 2007 (Rec. 2215/2006) aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se reclamaba el reintegro de gastos médicos por entender que existía urgencia vital, cuando se tuvieron que abonar por el beneficiario que sufrió un desprendimiento de retina, y el tiempo de demora en la asistencia sanitaria por los servicios públicos de salud es mayor en la sentencia recurrida que en la de contraste, y en la recurrida no se reconoce el reintegro y sí se hace en la de contraste. En materia de responsabilidad de la compañía aseguradora para abonar una mejora voluntaria de la Seguridad Social, y en particular, en relación a si procede el abono de intereses, las SSTS de 28 de diciembre de 2000 (Rec. 646/2000), y de 14 de noviembre de 2000 (Rec. 3857/1999), aprecian la existencia de contradicción *a fortiori* cuando en la sentencia de contraste se modera el pago por haberse producido una discusión sobre cuál de las aseguradoras sucesivas era responsable de la indemnización, y en la de contraste no solo se discutió eso, sino si el origen del siniestro era una enfermedad común o un accidente de trabajo y no se moderó la condena al abono de intereses. Por último, y en materia de si procede imponer responsabilidad por el recargo de prestaciones, la STS de 18 de septiembre de 2018 (Rec. 144/2017) aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute si la responsabilidad del recargo de prestaciones se extiende a la empresa principal, cuando en la sentencia de contraste se excluye la responsabilidad a pesar de que en el proceso de contratación de las obras aparecen menos garantías y formalidades que las que acontecen en la sentencia recurrida.

3.3.2 CONTRADICCIÓN A FORTIORI Y CUESTIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

Es respecto de cuestiones del considerado Derecho individual de trabajo en donde más se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori*, y sin duda es en supuestos de determinación de incumplimientos empresariales el aspecto en que más sentencias se han dictado como consecuencia de apreciar dicha contradicción *a fortiori*. La materia en que en mayor número de ocasiones se ha admitido el RCU por existir contradicción *a fortiori*, ha sido aquella en la que se discutía la competencia del orden jurisdiccional social, debiéndose examinar si existía o no relación laboral. En particular, la STS de 7 de noviembre de 2017 (Rec. 3573/2015) aprecia contradicción *a fortiori* en un procedimiento de oficio en que se discute si existe relación laboral entre músi-

cos que integran una orquesta y una fundación sinfónica, cuando en la sentencia de contraste los músicos utilizan locales de la empresa, y aun así se descarta la laboralidad, mientras que en la recurrida no y se aprecia la existencia de relación laboral. Por su parte, la STS de 24 de junio de 2015 (Rec. 1433/2014), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute la competencia del orden social para conocer de una demanda de despido por existir o no relación laboral, cuando en la sentencia recurrida el trabajador prestaba inicialmente servicios como autónomo y se le invitó a que constituyese una sociedad mucho después, y se declara que no existe relación laboral, mientras que en la sentencia de contraste dicha sociedad existía desde un primer momento, y a pesar de ello se declara la naturaleza laboral de la relación entre las partes. Por último, la STS de 19 de febrero de 2014 (Rec. 3205/2012), entiende que reforzaría la contradicción *a fortiori* discutiéndose la existencia de relación laboral de un tertuliano, cuando en la sentencia recurrida la factura con IVA se gira a nombre de una sociedad limitada –lo que podría jugar en contra de la caracterización como laboral de la relación–, y aun así se declara que ésta existe, y ello no consta en la de contraste y se declara que no existe relación laboral.

Respecto de contratación temporal también son numerosos los RCUD admitidos por apreciar contradicción *a fortiori*. En la STS de 26 de noviembre de 2019 (Rec. 2820/2018), la Sala 4.^a del Tribunal Supremo admite la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se examina si procede indemnizar por la extinción de contrato de interinidad por vacante de trabajador al servicio de la Administración Pública, a pesar de que en la sentencia recurrida la pretensión se ejercitó por la vía de la reclamación de cantidad y en la de contraste de despido –lo que podría haber derivado en la inadmisión del RCUD por falta de contradicción en las pretensiones–, y en la que en el supuesto de la sentencia recurrida el contrato era de interinidad por sustitución y en la de contraste de interinidad por cobertura de vacante, justificando dicha contradicción *a fortiori* por cuanto «en la sentencia recurrida se entiende que la trabajadora tiene derecho a la indemnización tras menos de un año de prestación de servicios, mientras la de contraste considera que la demandante no tiene derecho a la misma tras 9 años de prestación de servicios», y ello con fundamento en lo dispuesto en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, asunto De Diego Porras I, en que se consideró que vulneraba la Directiva 1999/70 la diferencia de trato en materia de indemnización entre un trabajador interino y un indefinido. En la STS 11 de junio de 2019 (Rec. 366/2018), se apreció la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se planteaba una cuestión similar, en relación a si procedía indemnizar,

y en qué cuantía, a la extinción de la relación laboral de un trabajador al servicio de la Administración Pública por cobertura reglamentaria de la plaza, ya que la Sala 4.^a del Tribunal Supremo admitió la contradicción *a fortiori* precisamente como consecuencia de que la relación laboral fue de más larga duración en el supuesto de la sentencia recurrida y se niega la indemnización, mientras que en la sentencia de contraste, existiendo un contrato de más corta duración, se admite la indemnización.

Las SSTs de 19 de mayo de 2009 (Rec. 746/2008), y de 8 de abril de 2009 (Rec. 788/2008), aprecian la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose si existió fraude de ley y la extinción del contrato por obra o servicio de trabajadora debió declararse despido improcedente, cuando en la sentencia de contraste se considera válida la extinción a pesar de tener reconocida la actora la indefinición de la relación laboral, lo que no se reconoce en la recurrida y aun así se declara la improcedencia del despido.

Por su parte, la STS de 13 de marzo de 2007 (Rec. 2823/2005) aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute la extinción del contrato de interinidad de una trabajadora de Correos, cuando en la sentencia de contraste consta que se cubrió la vacante, se obtuvo la plaza y se renunció a ella, y se declaró válida la extinción del contrato de interinidad, y en la de contraste no constando dichos datos, sino que se cubrió la plaza, se declaró la improcedencia del despido. Y la STS de 22 de mayo de 1997 (Rec. 3930/1996), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose la validez de un contrato de fomento del empleo, cuando en la sentencia recurrida la actora había estado desempleada un mes antes de celebrar el contrato y se declara inválido el mismo, y en la de contraste el contrato temporal de que disfrutaba el trabajador finalizó un día antes de celebrarse el contrato de fomento del empleo y a pesar de ello se considera que éste es válido.

El análisis de los incumplimientos empresariales que permitirían la extinción indemnizada de la relación laboral ex artículo 50 ET también ha dado lugar a pronunciamientos de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo a pesar de no existir contradicción en sentido ordinario y gracias, precisamente, a apreciar la existencia de contradicción *a fortiori*. En tal sentido, la STS de 29 de junio de 2017 (Rec. 2306/2016) aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute si procede la extinción indemnizada de la relación laboral a voluntad del trabajador cuando se ha producido una extinción colectiva, cuando en la sentencia recurrida el intento de conciliación tuvo lugar antes de la declaración del concurso y presentación de la demanda, y en la de contraste una vez declarado el concurso. Más claro es el supuesto examinado en la STS de 16 de enero de 2015 (Rec. 257/2014), que aprecia la existencia de contra-

dicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute la extinción de la relación laboral ex artículo 50.1 ET, cuando en la sentencia recurrida no se abona cantidad alguna en un periodo de 4 meses y se deniega la extinción, mientras que en la sentencia de contraste el abono tiene lugar dentro del mes siguiente al devengo de la nómina, y aun así se concede la extinción. Por su parte, la STS de 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que discutiéndose si procede la extinción de la relación laboral ex artículo 50 ET, cuando en la sentencia de contraste la empresa satisface su remuneración con retrasos de 10 a 20 días adeudándose a la fecha de la demanda una mensualidad, una paga extraordinaria y los atrasos de convenio, y se niega la extinción, y en la recurrida se percibe el salario con un retraso que oscila entre 15 y 20 días, y se otorga la extinción.

No son pocas las resoluciones en las que se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en supuestos en los que se analiza la suficiencia de la carta de despido. De forma exhaustiva, la STS de 31 de enero de 2019 (Rec. 1243/2017), aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute la calificación de la extinción de la relación laboral (la empresa pretende que se declare válida) que une a un trabajador preso con la administración penitenciaria, cuando en la sentencia recurrida en la carta de despido se especifican las causas de forma extensa y aun así se declara la nulidad de la extinción, mientras que en la sentencia de contraste con una carta menos expresiva, se declara la validez de la extinción. Por su parte, la STS de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 3181/2015) aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* cuando en la sentencia recurrida se concretan en la carta de despido los criterios de selección del trabajador –incluyendo la antigüedad que fue el criterio negociado en el marco del despido colectivo– y la sentencia considera que la concreción es insuficiente y el despido improcedente, mientras que en el supuesto de la sentencia de contraste solo se determina que la selección del trabajador es por los criterios fijados en el marco del despido colectivo, y la sentencia considera que ello es suficiente y el despido procedente. Por último, la STS de 27 de febrero de 2009 (Rec. 1715/2008), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute si cabe introducir en la carta de despido que se pretendía entregar al trabajador hechos acaecidos en el momento en que se procede al despido, o si el intento de la entrega de la carta de despido cierra la posibilidad de introducir hechos distintos, cuando en la sentencia de contraste se pretendió la entrega de las cartas de despido con varios días de antelación pero no llegaron a entregarse, y en la recurrida la carta se entregó realmente.

La obligación de entrega a la indemnización en el momento de la entrega de la carta de despido por causas objetivas, y la calificación que haya de darse

en supuestos en que ésta es insuficiente y el error se considera excusable o inexcusable, ha llevado a la Sala 4.^a del Tribunal Supremo a apreciar la existencia de contradicción *a fortiori* en la STS de 26 de abril de 2018 (Rec. 4003/2015), cuando en la sentencia recurrida la indemnización puesta a disposición es mayor que en la de la sentencia de contraste, y aun así se entiende que el error es excusable en la de contraste y no en la recurrida.

Igualmente frecuentes son los supuestos en que se aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* examinándose el contenido del finiquito. En particular, la STS de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 2253/2013), aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute si procede otorgar valor liberatorio al finiquito firmado en un despido por causas objetivas, cuando en ambas sentencias se adoptó el compromiso de «no presentar reclamación alguna contra la extinción de su contrato», cuando la sentencia de contraste «versa sobre finiquito con renuncia a entablar acciones que posee radio más amplio». Además, la STS de 2 de diciembre de 2013 (Rec. 34/2013), aprecia contradicción *a fortiori* discutiéndose si debe otorgarse valor liberatorio al finiquito firmado, cuando en la sentencia recurrida se firmaron dos documentos «uno sobre el reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido con la opción por la rescisión contractual y la oferta de la indemnización con la aceptación expresa del trabajador que renunció a toda reclamación y otro de liquidación y finiquitación del contrato con detalle expreso de los conceptos abonados, incluida la indemnización por despido y la aceptación, nuevamente, de la extinción del contrato con el compromiso de nada más pedir o reclamar», y no se dio valor liberatorio al finiquito, mientras que en la sentencia de contraste nada de ello constaba y se otorgó valor liberatorio al finiquito. Por su parte, la STS de 20 de diciembre de 2011 (Rec. 1218/2011), aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute si debe otorgarse valor liberatorio al finiquito cuando en la sentencia de contraste constan mayores extremos y se niega valor liberatorio, y en la sentencia recurrida no consta un texto tan exhaustivo y no se otorga valor liberatorio.

Respecto de si procede la condena al abono de salarios de tramitación cuando se extingue la relación laboral y no es posible la readmisión, la STS de 19 de julio de 2017 (Rec. 676/2016) aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* cuando en la sentencia recurrida no es posible la readmisión por la muerte del administrador único y gerente de la empresa, apareciendo cerrado el establecimiento y se condena al abono de salarios de trámite, y en la de contraste no consta dicho extremo y no se condena al abono de los mismos.

En materia de indemnizaciones se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en dos supuestos: 1) En la STS de 10 de mayo de 2016

(Rec. 2878/2014), en que se discute la validez de un acuerdo de pago fraccionado de la indemnización adoptado en el marco de un despido colectivo, y se aprecia contradicción *a fortiori* cuando en la sentencia recurrida, para alcanzar el acuerdo de fraccionamiento de pago se mejoró la cuantía indemnizatoria final y la creación de un plan de recolocación, y se rechaza la validez del pacto de fraccionamiento de pago, y dichos extremos no constan en la sentencia de contraste, en que el fraccionamiento de pago era para mejorar la viabilidad de la empresa, y aun así se entiende que el mismo es válido, y ello por considerar que existían «más razones que fundaran el acuerdo sobre el aplazamiento del pago en el caso de la sentencia recurrida que en el caso de la sentencia de contraste»; y 2) La STS de 28 de enero de 2013 (Rec. 149/2012) aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que discutiéndose si procede indemnizar cuando es imposible la readmisión por ser despedido el trabajador en situación de incapacidad temporal y antes de la sentencia es declarado en situación de incapacidad permanente total, cuando en la sentencia recurrida la resolución se dictó en trámite declarativo y se declara que el empresario puede optar por la readmisión, y en la de contraste en trámite ejecutivo, y sin embargo se entiende que no es así.

Como no podía ser de otro modo, son múltiples también los supuestos en los que se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en RCUd derivados de demandas de reclamación de cantidad. En particular, la STS de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 1418/2012), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose si procede abonar la paga de 25 años prevista en una norma convencional a quien se encontraba jubilado parcialmente, cuando en la sentencia recurrida el trabajador se jubiló parcialmente 1 año y medio antes de cumplir los 25 y no se reconoció el derecho, y en la de contraste se jubiló parcialmente 2 años antes y se reconoce el derecho. Por su parte, la STS de 14 de febrero de 2013 (Rec. 4231/2011) aprecia la existencia de contradicción discutiéndose el complemento por antigüedad de trabajadores que adquirieron la condición de fijos a partir de un acuerdo, cuando en la sentencia recurrida entre la suscripción entre contratos temporales antes del reconocimiento de fijeza transcurre más de un año, mientras que en la sentencia de contraste consta un periodo de interrupción de dos meses y medio. Por último, la STS de 25 de febrero de 2009 (Rec. 1784/2009) aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que discutiéndose si procedía reconocer un complemento al personal laboral al servicio del Servicio Madrileño de Salud, en la sentencia recurrida el trabajador era temporal y no se reconoce el complemento y en la de contraste no era temporal y se reconoce el complemento. Y en parecidos términos se pronuncian las SSTS de 29 de enero de 2009

(Rec. 326/2008), de 22 de enero de 2009 (Rec. 1636/2008), STS de 12 de diciembre de 2008 (Rec. 1199/2008), de 4 de diciembre de 2008 (Rec. 4592/2007), de 13 de octubre de 2008 (Rec. 3170/2007), de 9 de octubre de 2008 (Rec. 4029/2007), y de 24 de julio de 2008 (Rec. 3964/2007), en que se discutía igualmente el abono de determinados complementos a trabajadores de RTVE, cuando en la sentencia recurrida se reconoce a quien era indefinido la antigüedad, que se deniega en la de contraste a un trabajador fijo.

Más difícil es apreciar la existencia de contradicción *a fortiori* en supuestos en que se resuelven cuestiones sobre lo que podría denominarse estructuras empresariales complejas (contratas y subcontratas, subrogación, sucesión, responsabilidad empresarial, etc.). Discutiéndose si existe sucesión empresarial en un supuesto de adjudicación en venta judicial de un inmueble al ejecutarse la hipoteca, se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en las SSTS de 5 de junio de 2013 (Rec. 988/2012) y de 25 de septiembre de 2012 (Rec. 3023/2011), cuando constaba en los hechos probados que «el adjudicatario se negó a hacerse cargo de los muebles y requirió al comisario para que los retirara, mientras que en el caso de la recurrida los muebles, máquinas y demás enseres habían sido embargados por otra mercantil a la que, finalmente, le fueron adjudicados», y en la sentencia recurrida se estima que existió sucesión y en la de contraste no. Además, en la STS de 6 de junio de 2018 (Rec. 372/2016) se admite la contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute la competencia del orden jurisdiccional social o civil para conocer de reclamaciones de cantidad derivadas de despidos producidos en el ámbito de un concurso, cuando en la sentencia de contraste el Juzgado Mercantil admite la existencia de grupo empresarial y concluye que el competente es el orden jurisdiccional social, y en la recurrida no constando dicha circunstancia excluye la competencia a dicho orden. Más difícil de detectar ha sido el supuesto en que se ha admitido la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose la existencia de sucesión de empresa, cuando en la sentencia recurrida los medios materiales los transmite un tercero, concluyéndose que hay sucesión, y en la de contraste, mediante contrato de compraventa, el primer empleador, concluyéndose, en este supuesto, que no hay sucesión [STS de 4 de octubre de 2017 (Rec. 2389/2015)]. Por su parte, discutiéndose la calificación de la extinción del contrato por finalización de una contrata, la STS de 14 de junio de 2007 (Rec. 4975/2007), aprecia la existencia de contradicción *a fortiori*, cuando en la sentencia de contraste existía fecha del fin de la contrata y se reconoció que no concurría causa para la extinción, y en la de contraste no constando dicho dato sí se reconoció la causa y se determinó que no existía despido.

Para cerrar el análisis de materias en las que se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en cuestiones de Derecho individual de trabajo, señalar que en materia de reconocimiento de derechos, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se solicitaba el reconocimiento del derecho a una excedencia forzosa. En particular, se aprecia en la STS de 20 de septiembre de 2000 (Rec. 3631/1999), cuando en la sentencia recurrida se detallan las funciones desempeñadas en el puesto al que fue designado el solicitante de la excedencia, y se deniega la excedencia, y en la de contraste no se detallan dichas funciones y sin embargo se reconoce ésta.

3.3.3 CONTRADICCIÓN A *FORTIORI* Y DERECHOS FUNDAMENTALES

También respecto de aspectos en que está en juego la alegación de vulneración de derechos fundamentales se ha pronunciado la Sala 4.^a del Tribunal Supremo apreciando la existencia de contradicción *a fortiori*.

En particular, ha apreciado ésta respecto de la licitud de la prueba obtenida mediante la grabación con cámaras de videovigilancia –estando en juego una posible vulneración del derecho a la intimidad del art. 18 CE–. Así, las SSTS de 1 de febrero de 2017 (Rec. 3262/2015), y de 31 de enero de 2017 (Rec. 3331/2015), apreciaron la existencia de contradicción *a fortiori*, cuando «en el caso de la sentencia recurrida se informó de la instalación de las cámaras y en el de la de contraste no se dio esa información que la sentencia no considera necesaria y la presume por ser pública la instalación y notorio su objeto y finalidad, resultaría que existiría contradicción *a fortiori*, por darse mejor trato a quien nada dijo que a quien facilitó información sobre la instalación por motivos de seguridad».

Por su parte, y en relación con la vulneración de la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), se ha apreciado contradicción *a fortiori* en tres supuestos: 1) En las SSTS de 27 de abril de 2016 (Rec. 345/2016) y de 22 de julio de 2015 (Rec. 2161/2014), discutiéndose la calificación de la extinción de la relación laboral cuando en la sentencia recurrida se despide al trabajador 9 días después de presentar reclamación de reconocimiento de la relación laboral como indefinida y no se aprecia la vulneración de garantía de indemnidad, mientras que en la sentencia de contraste transcurrieron más de 2 meses y aun así se aprecia dicha vulneración; 2) En la STS de 6 de marzo de 2013 (Rec. 616/2012), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* planteándose en el RCU, entre otras cuestiones, la declaración de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad –art. 24.1 CE– en un supuesto de

cesión ilegal de empresas, cuando «en la sentencia de contraste, sin que exista una previa sucesión de contratos que permita suponer una continuidad en la contratación de la actora, ésta únicamente suscribió un contrato, el de 2009, la sentencia entiende que la demandante contaba con que le iban a renovar el contrato, sin que en el relato histórico exista base ninguna para semejante afirmación. En cambio, en la sentencia recurrida, para rechazar la vulneración de garantía de indemnidad se afirma que existe una excusa razonable cual es la finalización de los trabajos de la encomienda, cuando consta en el relato histórico que los trabajos continuaron antes de cesar la actora, que a su vez había sido objeto de contratación anterior»; 3) Por último, la STS de 25 de junio de 2012 (Rec. 2370/2011), aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se cuestiona la vulneración de la garantía de indemnidad, cuando en la sentencia recurrida el despido estaba precedido de la presentación de la candidatura a elecciones sindicales en pocas horas, y en la de contraste en días.

3.3.4 CONTRADICCIÓN *A FORTIORI* Y CUESTIONES PROCESALES Y DE INTERPRETACIÓN DE NORMATIVA LABORAL

Aunque pueda parecer más difícil –por los problemas en la comparación de los devenires procesales examinados en las sentencias comparadas–, también se ha apreciado la existencia de contradicción *a fortiori* en supuestos en que se discuten en RCUD cuestiones procesales o de interpretación de normativa legal o convencional. Respecto de las primeras se ha apreciado su existencia en innumerables ocasiones: 1) En la STS de 31 de mayo de 2017 (Rec. 3599/2015), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que acumulándose demandas de despido y posteriormente de cesión ilegal, se discute si existía acción, cuando en la sentencia recurrida se niega la existencia de acción a pesar de haberse presentado la papeleta de conciliación antes de las extinciones, mientras que en la de contraste no constando dicho dato se declara la existencia de acción. 2) En la STS de 30 de noviembre de 2010 (Rec. 3360/2009), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose si es adecuado el procedimiento de despido, para reclamar diferencias en la cuantía de la indemnización ofrecida por la empresa y recibida por el trabajador, cuando en la sentencia de contraste existe un finiquito firmado por el trabajador y se declara que es inadecuado el procedimiento de despido y en la recurrida no existe dicho finiquito y se considera que el adecuado es el de despido; 3) En la STS de 12 de mayo de 2010 (Rec. 3812/2009), que aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute qué Juzgado de lo Social es competente para consignar el importe

de las indemnizaciones por despido improcedente a efectos de concretar los salarios de trámite, cuando en la sentencia recurrida la consignación se realiza en el Juzgado del domicilio social de la empresa, y se establece la obligación de abono de salarios de trámite, mientras que en la sentencia de contraste la consignación se hizo en la demarcación de un Juzgado donde la empresa tenía otro centro de trabajo, y no se condena al abono de salarios de trámite; 4) En la STS de 15 de junio de 2006 (Rec. 5405/2004), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* discutiéndose la competencia del orden social para conocer de la indemnización por extinción de contrato autorizada por resolución administrativa de un ERE, cuando en la sentencia de contraste se aprobó un plan de prejubilación en el que se establecían mejoras de las prestaciones de Seguridad Social que percibirían los trabajadores después del cese que fue aceptado por el trabajador, y se justifica el no abono del importe íntegro de la indemnización, mientras que ello no consta en la recurrida y no se reconoce dicho extremo; 5) En la STS de 26 de julio de 2004 (Rec. 2334/2003), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se solicitaba la nulidad de los acuerdos adoptados por la asamblea de trabajadores y la posterior convocatoria de elecciones, y en que se discutía si el procedimiento era adecuado, cuando en la sentencia de contraste es el delegado de personal el que acciona por la revocación de su mandato rechazándose que el procedimiento de tutela fuese inadecuado, mientras que en la recurrida es el sindicato quien acciona y se reconoce que no es el procedimiento adecuado; y 6) En la STS de 23 de diciembre de 2003 (Rec. 4860/2002), que aprecia contradicción *a fortiori* discutiéndose si existía afectación general para recurrir en suplicación, cuando en la sentencia recurrida se contenía la afirmación de que la cuestión «afectaba a un gran número de trabajadores», y no se apreció afectación general, y en la de contraste no constaba dicho extremo y se apreció afectación general.

Respecto de las segundas, es decir, sobre cuestiones relativas a la interpretación de una norma legal o convencional, se ha apreciado contradicción *a fortiori* en los siguientes supuestos: 1) STS de 21 de febrero de 2012 (Rec. 855/2011), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se resolvía si procedía revisar a la baja el incremento salarial previsto en norma convencional, cuando en la sentencia recurrida el texto refiere a «las actualizaciones de acuerdo con los incrementos resultantes» y se reconoce la revisión a la baja, mientras que en la de contraste no consta dicho extremo y no se revisa a la baja; y 2) STS de 20 de abril de 2007 (Rec. 865/2006), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* cuando los preceptos examinados son distintos, (art. 224. LEC en la recurrida y 1252 CC en la de contraste), pero se aplicó el efecto positivo de cosa juzgada en un precepto más restrictivo en dicho punto.

3.4 **Supuestos en que a pesar de apreciar contradicción *a fortiori* se inadmite el RCUD por falta de contradicción**

También existen supuestos en que a pesar de apreciar la existencia de contradicción *a fortiori*, la Sala de lo social del TS no ha entrado a conocer del RCUD por no apreciar la existencia de contradicción con la sentencia invocada de contraste; falta de contradicción que puede derivar: 1) de la inexistencia de identidad en otros hechos relevantes que deben ser tenidos en consideración para resolver el RCUD; 2) de la falta de identidad en los fundamentos o pretensiones, o 3) cuando a pesar de existir contradicción *a fortiori* en los términos examinados, sin embargo los fallos no son contradictorios.

En el examen sistemático que se realiza en este trabajo, se ha apreciado dicha circunstancia en la STS de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 761/2018). Esto aconteció planteándose en el RCUD si procedía reconocer o no la pensión de viudedad cuando el causante no se encontraba en situación de asimilada al alta en aplicación de la doctrina humanizadora y flexible, cuando en la sentencia recurrida constan datos para aplicar la misma y sin embargo se rechaza, y en la de contraste no y se admite su aplicación.

Por su parte, la STS de 6 de noviembre de 2017 (Rec. 683/2016) aprecia contradicción *a fortiori* discutiéndose si procede la resolución indemnizada de la relación laboral a voluntad del trabajador por el retraso del pago de la incapacidad temporal, cuando el retraso en la sentencia de contraste fue más breve que en la recurrida, y sin embargo se extingue la relación laboral, pero aún así no entra a conocer del fondo de la cuestión por entender que no existe contradicción entre las resoluciones comparadas en atención a otras circunstancias fácticas.

Más sorprendente es la STS de 2 de noviembre de 2017 (Rec. 3256/2015), que aprecia contradicción *a fortiori* pretendiéndose una indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, cuando desconociéndose el origen del accidente, en la sentencia de contraste existió una actuación del trabajador que podría ser calificada de imprudente y se reconoce la indemnización, y dicha actuación del trabajador no consta la de contraste y se deniega ésta; aun así, no se entra a conocer del RCUD por no apreciar contradicción precisamente por dicha circunstancia.

Más claro es el supuesto examinado en la STS de 10 de enero de 2017 (Rec. 1670/2014), que aprecia la existencia de contradicción *a fortiori* en una situación en que se discutía la existencia de subrogación, cuando en la sentencia recurrida el local se costeaba por la empresa principal y aun así se declara la inexistencia de subrogación, y en la de contraste se aporta por la subcontrata y se declara su existencia. A pesar de ello, el Tribunal Supremo no entra a conocer de

la cuestión de fondo por no apreciar contradicción con la sentencia de contraste, al entender que prima el hecho de que en la recurrida la nueva contratista empleó a la mayor parte de los trabajadores de la empresa anterior y en la de contraste no, ya que dicho extremo es más determinante de la existencia o no de subrogación.

La STS de 19 de julio de 2016 (Rec. 210/2016), aprecia contradicción *a fortiori* en un supuesto en que se discute el reintegro de gastos médicos, cuando en la sentencia de contraste se presentó en un hospital y a la entidad gestora de Suiza el certificado E-112 de asistencia sanitaria, y deniega el reintegro por no incluir la asistencia como paciente privado, mientras que en la recurrida no consta dicho dato y se reintegran los gastos. La razón para apreciar la falta de contradicción es que las cuestiones debatidas son distintas al cuestionarse en la recurrida los gastos y en la de contraste no.

Además, la STS de 20 de enero de 2015 (Rec. 3212/2013), no entra a conocer del RCUD en que se plantea el derecho a la pensión de viudedad derivada de enfermedad profesional, a pesar de apreciar la existencia de contradicción *a fortiori*, cuando la exposición al amianto fue permanente en la sentencia recurrida y esporádica en la de contraste, por no apreciar la existencia de contradicción con la sentencia de contraste en atención a otros datos fácticos relevantes, como por ejemplo, que no consta en la sentencia recurrida que el fallecimiento fuera derivado de enfermedad profesional.

Tampoco admite el RCUD por no apreciar la existencia de contradicción la STS de 4 de diciembre de 2012 (Rec. 3711/2011), que entiende que existe contradicción *a fortiori* discutiéndose la aplicación de la presunción de accidente laboral del fallecimiento del trabajador por suicidio con episodios de estrés laboral, cuando en el supuesto de la sentencia recurrida el trabajador fue dado de alta laboral antes de la declaración en situación de incapacidad permanente y se consideró la existencia de accidente de trabajo, mientras que en la sentencia de contraste el trabajador siguió de baja hasta que fue declarado en situación de incapacidad permanente y se consideró que no existía accidente laboral, a pesar de ello, se aprecia la falta de contradicción en atención a otros hechos relevantes como por ejemplo que el trabajador solicitó un cambio de turno por razones de salud al sufrir un accidente de tráfico previo, que le fue denegado, iniciando incapacidad temporal por ansiedad laboral, y ello no concurre en el supuesto de la sentencia de contraste.

Por último, la STS de 20 de abril de 2012 (Rec. 1274/2011), apreció la existencia de contradicción *a fortiori*, pero aun así no se entró a conocer de la cuestión planteada en el RCUD, discutiéndose la calificación de un despido disciplinario en atención al contenido de la carta de despido, cuando en la recurrida los hechos especificados eran más detallados y se declara la improcedencia, mientras que en

la sentencia de contraste eran menos detallados y se declara la procedencia. El argumento dado es que «sigue prevaleciendo la regla general de que resulta arriesgado, en un caso como el debatido, hacer un juicio comparativo sobre la suficiencia o insuficiencia puramente formal de una y otra carta de despido», además de que «según los casos, el Juez puede estimar por otros elementos concurrentes que el trabajador despedido, no obstante la parquedad formal de la carta, tiene conocimiento suficiente de lo que se imputa a efectos de poder defenderse».

4. LA CONTRADICCIÓN A *POSTERIORI*

4.1 Definición

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han prestado atención alguna al supuesto que ahora vamos a denominar «contradicción *a posteriori*». El mismo, no definido legal, doctrinal o jurisprudencialmente, sin embargo, ha sido utilizado (aun obviando su denominación), ya desde antiguo en el complicado juego del análisis de la contradicción exigida para la admisión del RCU³⁶⁶.

Hay supuestos en los que la determinación de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos exige un previo examen del fondo de la cuestión debatida, ya que solo entonces (*a posteriori*), podrá concretarse si dicha igualdad fáctica existe. Esto es lo que se identificaría con lo que en este estudio se denomina «contradicción *a posteriori*», que podría definirse como la necesidad de examinar el fondo de la cuestión planteada en CUD, y resuelta en las sentencias comparadas, como paso previo necesario para concretar, *a posteriori*, si existe o no identidad en los hechos probados, y por extensión, contradicción.

De forma sencilla, si el RCU exige examinar, en primer lugar, si existe contradicción como llave que permite resolver la cuestión planteada, lo que obliga a realizar el análisis de la contradicción ordinaria o *a fortiori* en los términos anteriormente analizados, de forma excepcional, se examinará el fondo de la cuestión como requisito necesario para concretar si la contradicción existe. Dicho de otro modo, si generalmente se exige: Primero: examinar la contradicción; y Segundo: examinar el fondo, en la contradicción *a fortiori* la

³⁶⁶ En realidad, parece conveniente recurrir al examen de la contradicción *a posteriori* para evitar lo que DESDENTADO BONETE. A., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el Recurso de Casación para la unificación de doctrina en el orden social», en *Ejecución y medidas cautelares. Los nuevos problemas e supletoriedad de la LEC en el proceso laboral. Estudios jurídicos. Secretarios Judiciales*, Vol. II, 2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, p. 436, ha denominado como «riesgo consistente en un juego restrictivo de la contradicción, que podría dificultar el cumplimiento de la función uniformadora con la extensión deseable sobre toda la materia social».

ecuación se invierte: Primero: se examinará el fondo; y Segundo: a través de él se examinará la existencia o no de contradicción.

Esta función, que primaría el análisis del fondo del asunto frente al análisis de la identidad en hechos, y que podría considerarse inapropiada para el RCU –que como se ha expuesto exige como requisito básico para su admisión la comparación entre sentencias con hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales y fallos contradictorios–, sin embargo, tiene su justificación atendiendo a la finalidad última del RCU: unificar doctrinas contradictorias y evitar fallos divergentes, ya que como afirma la doctrina constitucional³⁶⁷ y puede extrapolarse a la contradicción *a posteriori*, «el recurso para su unificación devuelve a la casación su prístino significado, como salvaguardia de la pureza de la Ley más que en interés de los litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor, configurada constitucionalmente»³⁶⁸.

En definitiva, como se afirma en la STS 25 de septiembre de 2018 (Rec. 761/2018), «el requisito de contradicción [que] normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición –legal o convencional– de que se trata»³⁶⁹.

4.2 Los ejemplos paradigmáticos

La contradicción *a fortiori* se ha examinado recientemente en dos ejemplos paradigmáticos; últimamente, en la STS (Pleno) de 14 de mayo de 2019 (Rec. 3957/2016), que puede servir de guía aclaratoria de lo que haya de entenderse por contradicción *a fortiori*. La sentencia trae causa de la demanda presentada por un futbolista de la Agrupación Deportiva Alcorcón SAD

³⁶⁷ SSTC 40/2014, de 11 de marzo, 126/1994, de 25 de abril, 31/1994, de 31 de enero.

³⁶⁸ Así ha acontecido en el supuesto de las SSTS de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 3663/2016), 10 de septiembre de 2018 (Rec. 2646/2017), 6 de febrero de 2018 (Rec. 681/2017), 29 de noviembre de 2017 (Rec. 1967/2016), 29 de noviembre de 2017 (Rec. 2347/2016).

³⁶⁹ En el mismo sentido: SSTS de 9 de mayo de 2019 (Rec. 1776/2017), 1 de marzo de 2018 (Rec. 2375/2016), 20 de diciembre de 2017 (Rec. 2364/2016), 28 de noviembre de 2017 (Rec. 2938/2016), 13 de julio de 2017 (Rec. 2516/2015).

(grupo de segunda división), que tras finalizar su relación laboral solicitó la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET, por terminación de contrato temporal, pretensión que fue desestimada por la sentencia de instancia con apoyo en la STS (Pleno) de 26 de marzo de 2014 (Rec. 61/2013)³⁷⁰, y conforme a la cual, entiende que el pago de la indemnización estaba prevista para los deportistas «humildes» excluyéndola a favor de quienes son de «élite». Tras confirmarse dicha sentencia de instancia en suplicación, el trabajador presentó recurso de casación para la unificación de doctrina por entender que «el concepto «deportista de élite» introduce enormes dosis de inseguridad y es ajeno a la construcción normativa, por lo que la mayor o menor entidad de los ingresos debe quedar al margen del debate». Puesto que el debate casacional se centró en si podría considerarse que el actor era un deportista de «élite» –supuesto de exclusión de la indemnización por terminación de contrato por mor de la STS (Pleno) de 26 de marzo de 2014 (Rec. 61/2013) conforme a la interpretación dada por las sentencias de instancia y suplicación–, a efectos de examinar la existencia de contradicción³⁷¹, la sentencia parte de reiterar la máxima, ya utilizada en anteriores sentencias, de que «hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición –legal o convencional– de que se trata». Conforme a ello, y tras comparar las sentencias, considera que la denominada contradicción «ordinaria» podría existir, ya que en ambos supuestos se trata de deportistas profesionales vinculados con sus clubes por la relación laboral especial regulada en el RD 1006/1985, de 26 de junio, que reclaman indemnización por finalización de contratos temporales prevista en el artículo 49.1.c), siendo los fallos contradictorios cuando en la sentencia recurrida no se reconoce el derecho a la indemnización mientras que la de contraste la reconoce. A pesar de ello, en la impugnación del RCU, el Club alegó que a pesar de la apa-

³⁷⁰ Dicha sentencia resolvió el conflicto colectivo planteado por la Asociación de Equipos de Ciclismo Profesional, y en que pretendía que se declarara que al término del contrato de duración determinada para los ciclistas profesionales no se devengara ningún concepto o cuantía indemnizatoria, entre otras, la prevista en el artículo 49.1.c) ET. La sentencia confirmó la de la Audiencia Nacional que había desestimado la demanda, pero concretando que la solución no afectaba a los deportistas de «élite» sino a la «mayoría de profesionales que desempeñan su actividad con resultados más humildes», es decir, los que conforme a la norma convencional tenían una percepción mínima garantizada de 23.000 €/año.

³⁷¹ Que la propia sentencia determina que es «controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso».

rente igualdad sustancial, en la práctica ésta era inexistente, y ello con una suerte de argumento en torno a la fundamentación de las sentencias que entiendo aplican la misma doctrina a supuestos distintos, ya que en la sentencia recurrida se considera que se está ante un deportista de élite –supuesto excluido de la indemnización conforme a la STS (Pleno) de 26 de marzo de 2014 (Rec. 61/2013)–, mientras que en la de contraste no, lo que provoca que en realidad los hechos sean distintos y los fallos no contradictorios. Acogiendo dicho argumento, la Sala 4.^a concluye que «solo tras el estudio del fondo del asunto podrá confirmarse el acierto de esta valoración inicial», y añade que «la contradicción entre las sentencias opuestas y la solución al debate, por así decirlo, van de la mano»³⁷². A partir de entonces, no le queda más remedio a la Sala 4.^a que analizar el fondo del asunto, en particular, cómo debe interpretarse la STS (Pleno) de 26 de marzo de 2014 (Rec. 61/2013) –que es el eje sobre el que se articularía la existencia o la falta de contradicción–, concretamente respecto de si se estaría excluyendo a los deportistas «de élite» de la indemnización del artículo 49.1.c) ET, y si existe una definición de tal que haga inaplicable lo dispuesto en dicha sentencia³⁷³, para concluir que ello no es necesario –e indirectamente que no es óbice para apreciar la existencia de contradicción entre sentencias–. Conforme a ello, y aunque no termina de rematar su argumento en torno a la existencia o inexistencia de contradicción, solo *a fortiori*, es decir, tras el prolijo despliegue argumental sobre si existe un concepto de «deportista de élite» que excluya la indemnización por terminación de contrato ex artículo 49.1.c) ET, concluye, que dicha contradicción existe puesto que no habría más que un concepto, el de «deportista profesional», sin que pueda acuñarse otro, «deportista de élite», que forzaría la inexistencia de contradicción y que por ende impediría el conocimiento del RCUD. Para concluir, existiendo contradicción, el asunto resuelve sobre los argumentos por los que se apreció ésta, para fallar casando y anulando la sentencia de suplicación y reconociendo el derecho del actor a la indemnización solicitada.

³⁷² Sigue argumentando la sentencia que «si para resolver el problema planteado fuere decisivo que el deportista se englobe entre los considerados «de élite» bien podría pensarse que las sentencias resuelven problemas diversos (porque solo en el caso que nos ocupa aparece catalogado como tal quien demanda) y que no son contradictorias. Sin embargo, sin concluimos que el nivel remuneratorio carece de relevancia a estos efectos (como se desprende de la sentencia referencial, que omite el análisis) no solo habrá contradicción, sino que deberemos revocar la sentencia recurrida».

³⁷³ El argumento va más allá, ya que también examina si la percepción de un salario que pueda considerarse elevado enmarca la definición de «deportista de élite», cuál es la finalidad de la indemnización del artículo 49.1.c), si los objetivos por los que se fija la misma se cumplirían en el supuesto de terminación de contratos de deportistas profesionales, etc.

No ha sido ésta la primera vez en que se ha recurrido al análisis de la contradicción *a posteriori* para apreciar la existencia o no de contradicción y admitir o no el RCUD –como posteriormente se examinará–, aunque sí puede considerarse el mejor ejemplo de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo en que se recurre a lo que en este trabajo se denomina contradicción *a posteriori*.

El segundo ejemplo paradigmático es el contemplado en la STS de 10 de julio de 2018 (Rec. 4313/2017)³⁷⁴. Dicha sentencia trae causa de la solicitud de reconocimiento en situación de gran invalidez de una persona que, padeciendo una ceguera casi total con anterioridad a la afiliación al Sistema de Seguridad Social, pretende dicho reconocimiento por entender que dicha dolencia se ha agravado. La admisión del RCUD exige, necesariamente, comparar si los actores de las resoluciones comparadas son ciegos en términos del concepto de «ceguera legal» establecido en las SSTS de 3 de marzo de 2014 (Rec. 1246/2013), y de 10 de febrero de 2015 (Rec. 1764/2014) –entre otras–, lo que *de facto* supone examinar el fondo de la cuestión para concretar si existe o no contradicción entre las resoluciones comparadas. La sentencia termina concluyendo que puesto que se debe entender que una persona es ciega cuando la «agudeza visual que ha de ser valorada como ceguera (...) es inferior a una décima en ambos ojos», y los actores de ambas sentencias podrían quedar incluidos en tal concepto, existe contradicción entre las resoluciones comparadas³⁷⁵.

4.3 El origen remoto

No es hasta los últimos años cuando aflora de manera exponencial el análisis de la contradicción desde la perspectiva de lo que estamos denominando contradicción *a posteriori*, sin embargo, la misma, y a pesar de que los ejemplos dados en cuanto que paradigmáticos refieren a sentencias de 2018 y de 2019, se remonta a la STS de 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995). En

³⁷⁴ Existen otras sentencias que han analizado dicha cuestión, si bien desde una perspectiva tradicional, es decir, comparando simplemente hechos probados, en particular las deficiencias visuales padecidas, obviando el previo análisis de la cuestión para resolver la cuestión debatida. Un ejemplo es el contemplado en la STS de 19 de julio de 2016 (Rec. 3907/2014)

³⁷⁵ Sobre la misma cuestión y con el mismo análisis de la contradicción –*a posteriori*– se pronuncian la STS de 17 de abril de 2018 (Rec. 970/2016), que desestima el RCUD por cuanto en el supuesto de la sentencia recurrida no existiría agravación por ser ya la persona ciega en el momento de su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, mientras que la STS de 10 de julio de 2018 (Rec. 4313/2017) estima el RCUD interpuesto por el INSS y deniega, igualmente, el reconocimiento en situación de gran invalidez.

dicha sentencia se discutió la calificación de un despido por amortización del puesto de trabajo del director provincial de una emisora de la radio de la Cadena Cope, alegándose por la empresa resultados financieros y de explotación negativos y pérdidas durante dos años –entre otras causas³⁷⁶–. En uno de los motivos de casación unificadora³⁷⁷ se planteaba la necesidad de declarar la procedencia del despido por motivos económicos, es decir, por los motivos del artículo 52.c) ET en redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, norma respecto de la que todavía no existía interpretación alguna dada por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo. Dicha novedad legislativa lleva a la Sala a entender que es necesario invertir el análisis de la contradicción en términos tradicionales –lo que en este estudio se denomina contradicción «ordinaria»–, y ello por considerar que «siendo así que la actual redacción del precepto, debida a la Ley 11/1994, se encuentra pendiente de interpretación jurisprudencial, y teniendo en cuenta la acusada complejidad de dicho precepto, parece conveniente establecer unas premisas previas sobre los elementos que integran el supuesto de despido contemplado en la citada norma legal». La propia sentencia reconoce que de este modo «se podrá enfocar con mayor claridad el objeto del juicio de contradicción que en las sentencias de unificación de doctrina permite a esta Sala del Tribunal Supremo entrar en el fondo del asunto».

La sentencia procede entonces a realizar una labor interpretativa de las causas económicas de los artículos 51.1 y 52.c) ET, entendiendo que la nueva redacción de dichos preceptos exige tener en cuenta, para considerar que hay causa, «cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos», desgranando cuáles son éstos para considerar que «la comparación entre términos homogéneos que exige para el juicio de contradicción el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral obliga a plantear el examen de contradicción entre causas o factores determinantes que tengan similar naturaleza y que incidan sobre el mismo ámbito de afectación».

Siguiendo su propio argumento respecto de cómo tiene que realizarse el juicio de contradicción necesario para la admisión del RCU, la sentencia procede a comparar las esferas o ámbitos de afectación que suponen el origen

³⁷⁶ En realidad se alegaban dos causas adicionales: 1) la limitada cuota de programación local o provincial en el conjunto de la emisión; y 2) la existencia de otro director de emisora.

³⁷⁷ Se plantearon además dos motivos previos: 1) En el primero se negaba la existencia de relación laboral y se inadmitió el RCU por no apreciar contradicción con la sentencia invocada de contraste; y 2) En el segundo se aludía a que el despido era sin causa, cuestión inadmitida por la Sala por tratarse de una cuestión nueva, es decir, no examinada por la resolución recurrida en CUD.

del despido por motivos económicos de las sentencias recurrida y de contraste, alcanzando la conclusión de que la contradicción es inexistente, y, por lo tanto, inadmitiendo el RCUD.

La sentencia fue en su momento importante por cuanto fue la primera que se acercó a la interpretación de cuándo habría que entender que existía despido por causa económica tras la reforma de 1994, sin embargo, pasó totalmente desapercibida desde la perspectiva que estamos analizando de la contradicción *a posteriori*. Es el momento de darle la visibilidad que la misma requirió, por cuanto fue pionera en invertir el análisis de la contradicción, examinando, primero, el fondo de la cuestión –cuándo existe causa económica para despedir– para después proceder a realizar un análisis de la contradicción en sentido «ordinario»– comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones de las resoluciones comparadas, si bien bajo el prisma de la interpretación dada previamente– y concluir que la contradicción era inexistente, proceso prototípico de lo que en este estudio se ha identificado como contradicción *a posteriori*.

4.4 Otros supuestos

Podría pensarse que el recurso a esta técnica de análisis de la contradicción podría permitir entrar a conocer de cuestiones que, siguiendo el análisis de la contradicción «ordinaria», no habrían tenido cabida en CUD. Sin embargo, y como se deduce de la propia STS de 15 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995) –que finalmente inadmitió el RCUD por falta de contradicción–, ello no supone un mayor aperturismo al RCUD. Al contrario, el análisis del fondo de la cuestión va a proyectarse de forma particular en la comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones de las resoluciones comparadas, dificultando, en la mayoría de las ocasiones, la apreciación de la existencia de contradicción.

4.4.1 CONTRADICCIÓN *A POSTERIORI* Y ADMISIÓN DEL RCUD

A partir de la STS de 15 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995), primera en que se recurrió –sin denominarlo– a lo que en este estudio se ha identificado como contradicción *a posteriori*, han sido muchas las sentencias que han admitido tan peculiar análisis de la contradicción, abriendo de esta forma el RCUD a supuestos en que por el recurso al examen de la contradicción en

los términos de lo que hemos llamado contradicción «ordinaria», no se habría entrado a conocer de la cuestión planteada en CUD, pero admisible para garantizar la eliminación de la desigualdad que subyace en la finalidad última del RCUD –sentencias contradictorias–.

Del estudio de las sentencias que han recurrido al examen de la contradicción *a posteriori* para concretar si se cumplían las exigencias para la admisión del RCUD, se comprueba que solo 6 de 17, es decir, solo el 35,29 % de las sentencias que examinan la contradicción *a posteriori*, han admitido que la contradicción existe y han entrado a resolver el fondo de la cuestión planteada. Es el caso de la STS de 26 de octubre de 2018 (Rec. 2118/2016), que examina el fondo del asunto en relación a cuándo debe apreciarse la existencia de sucesión del artículo 44 ET cuando existe sucesión de plantillas para comprobar, posteriormente, si conforme a la misma existiría contradicción en atención a los hechos que constan probados, concluyendo que a pesar de las diferencias existentes, éstos no son determinantes, conforme a dicha jurisprudencia, de la inexistencia de contradicción.

Igualmente, la STS de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 2048/2016), se ve obligada a indagar en la interpretación jurisprudencial de la expresión «pensión compensatoria» para resolver si asistiría a la parte el derecho a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio. Tras sistematizar la jurisprudencia sobre la cuestión, para fijar los términos en que se tendrá que realizar la comparación a efectos de admisión del RCUD, concluye que existe contradicción porque tendría tal naturaleza la sustitución del abono de una cantidad mensual por la aportación de un inmueble (pago único).

Por su parte, la STS de 7 de noviembre de 2017 (Rec. 3573/2015), procede a sistematizar, con carácter previo a examinar la existencia o no de contradicción, cuándo se ha entendido jurisprudencialmente que existe la dependencia y ajenidad características de la existencia de una relación laboral, para concluir que «los aspectos relevantes tomados en cuenta por la sentencia de contraste a fin de negar la dependencia y la ajenidad (retribución), concurren también en el presente caso», lo que le permite admitir el RCUD, y resolver la cuestión relativa a la existencia o no de relación laboral, aunque los hechos probados no eran totalmente coincidentes.

La STS de 28 de septiembre de 2017 (Rec. 3460/2015) avanza que «la apreciación de si existe o no contradicción requiere determinar si el concepto de error excusable se ve afectado por la subsanación del cometido», es decir, sistematiza la jurisprudencia sobre error excusable como requisito necesario para comprobar si existe o no contradicción entre las resoluciones comparadas, entendiendo que ésta existe y admitiendo el RCUD, y resolviendo la cues-

tión planteada en relación a cómo debe calificarse el despido por causas objetivas cuando existe error en el cálculo de la indemnización que correspondía abonar al FOGASA.

Nuevamente la STS de 20 de julio de 2017 (Rec. 2832/2015) se vio obligada a examinar la jurisprudencia sobre la calificación del cese de trabajadora indefinida no fija que ve extinguido su contrato como consecuencia de la adjudicación de la plaza a quien ostenta la condición de funcionario, para salvar el obstáculo, ya apreciado en Autos anteriores de la Sala (que con la misma sentencia de contraste y sobre la misma cuestión apreciaron la existencia de contradicción), para concluir que conforme a la misma existiría contradicción a pesar de lo razonado en dichos Autos, admitiendo el RCUD y resolviendo la cuestión planteada en el mismo sentido que la jurisprudencia que le sirvió para entender que, conforme a la misma, existía contradicción entre las resoluciones comparadas.

Por último, interesante es el análisis de la contradicción *a posteriori* que se realiza en la STS de 6 de abril de 2017 (Rec. 3566/2015), en que invocándose como sentencia de contraste la STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-382/13), asunto Rabal Cañas, que interpretó el concepto «centro de trabajo», necesita examinar la doctrina allí contenida para concretar si la misma circunscribe sus efectos a las empresas públicas, lo que haría que la contradicción fuera inexistente –puesto que en la sentencia recurrida en CUD refería a una empresa del sector privado–, y tras concluir que ello no es así, y por lo tanto existe contradicción –aunque la empresa de la sentencia recurrida sea privada y en la de contraste pública–, entra a conocer de la cuestión relativa a si la unidad de cómputo a efectos de delimitar cuándo debe acudir al despido colectivo o individual, es la empresa o el centro de trabajo.

4.4.2 CONTRADICCIÓN A *POSTERIORI* E INADMISIÓN DEL RCUD

Completando la estadística anteriormente avanzada, el 64,70% –11 sentencias de 17– de los RCUD en que se ha recurrido al análisis de la contradicción *a posteriori*, han concluido que, trasladando el análisis del fondo de la cuestión planteada al examen de la contradicción «ordinaria», no se puede apreciar que la contradicción existe, inadmitiendo por lo tanto los RCUD presentados. Ello permite concluir que el recurso al examen de la contradicción *a posteriori* no supone una relajación del examen de la contradicción que el artículo 219.1 LRJS exige que exista entre las sentencias recurridas y las que se traen de comparación para la admisión del RCUD. Es decir, la contradicción *a*

posteriori, no sirve para fomentar la admisión de RCUD, sino que simplemente supone una forma más de análisis de la contradicción a añadir a las tradicionalmente utilizadas –«ordinaria» y «*a fortiori*»–.

Ello ha acontecido en no pocas ocasiones (11 como se ha avanzado). Así, las SSTs de 5 de diciembre de 2019 (Rec. 1500/2017) y de 24 de octubre de 2017 (Rec. 3424/2015), se ven obligadas a sistematizar la jurisprudencia sobre cuándo procede la condena a abonar intereses moratorios en un supuesto de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, para concretar si existe o no contradicción, concluyendo que puesta en conexión dicha jurisprudencia con los hechos probados, las diferencias existentes en éstos son determinantes de la falta de contradicción.

Por su parte, la STS de 9 de abril de 2019 (Rec. 750/2017, recurre, –sin mencionarlo– al examen de la contradicción *a posteriori*, en un supuesto en que se interpretaba una póliza de seguros de responsabilidad civil general, a efectos de determinar si asiste el derecho al percibo de la indemnización por incapacidad permanente absoluta prevista en una norma convencional. La Sala examina el contenido de los textos de los convenios colectivos en que se contemplaba la obligación de suscripción de la póliza, para finalmente concluir que respecto de ellos la contradicción existiría, si bien finalmente la sentencia apreció la inexistencia de contradicción y por lo tanto no entró a conocer de la cuestión debatida en el RCUD, por cuanto a pesar de la identidad salvada en las normas convencionales –tras su análisis sobre el contenido de las obligaciones contenidas en las comparadas– ésta no existe respecto del contenido de las pólizas suscritas. Aunque el supuesto podría entenderse que refiere al análisis de la contradicción respecto de los fundamentos, en la práctica la sentencia realiza un análisis profundo de su propia jurisprudencia sobre la forma de interpretar pólizas, contratos y normas convencionales, para, conforme a la misma, examinar la contradicción en los hechos probados, concluyendo, como se ha avanzado, que la contradicción es inexistente.

La STS de 4 de abril de 2018 (2712/2016), en términos similares a como se realizó en la STS 4 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995), examina qué debe entenderse por causa económica que permitiría el despido por causas objetivas, para, a su vez, analizar si existe contradicción entre sentencias, identificando elementos que podrían encuadrarse en dicha causa (como el tamaño de la empresa, el sector de actividad, el volumen de facturación, el tipo de función o puesto de trabajo que corresponde a la persona despedida, ventas, resultado de la declaración de impuesto de sociedades, etc.), para concluir que ésta no existe.

Igualmente la STS de 8 de febrero de 2018 (Rec. 1062/2016) admite que «resulta imposible adoptar un criterio definitivo acerca de si las sentencias contienen doctrina contradictoria sin examinar una cuestión de fondo: si la denegación de la prueba ha generado indefensión», de ahí que tras sistematizar la doctrina constitucional y su propia jurisprudencia sobre la cuestión, entienda que la contradicción es inexistente.

Nuevamente la STS de 21 de diciembre de 2017 (Rec. 2079/2015) se obliga a examinar la jurisprudencia sobre el alcance de los artículos 10.3 LOLS y 55.1 ET, para «aquilatar si existen diferencias relevantes en orden a considerar que existen doctrinas contrapuestas», y tras sistematizar ésta, entiende que no existen doctrinas contradictorias y no entra a conocer de la cuestión relativa al alcance de las garantías previas al despido cuando la persona ostenta la doble condición de representante unitario y sindical.

Más numerosas son las SSTS de 20 de julio de 2017 (Rec. 3358/2015), de 29 de marzo de 2017 (Rec. 2185/2015), de 14 de marzo de 2017 (Rec. 1218/2015), que examinan la jurisprudencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo en relación a la suficiencia de la carta de despido, cuando éste deriva de un acuerdo adoptado en el marco de un despido colectivo y si es necesario especificar los criterios de selección del trabajador, en particular tras la STS (Pleno) de 15 de marzo de 2016 (Rec. 3507/2014), para poner dicha jurisprudencia en relación con los hechos probados (carta de despido), y concluir que no existe contradicción, y en el caso de existir, debería apreciarse la falta de contenido casacional por ajustarse el fallo de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de la Sala.

Igualmente la STS de 13 de julio de 2017 (Rec. 2516/2015), si bien parte previamente del análisis de cuándo debe entenderse que existe una situación económica negativa que justificaría el despido por causas objetivas, y ello con referencia a la normativa y jurisprudencia sobre la cuestión, concluye que no existe contradicción entre las sentencias comparadas, teniendo en cuenta que los hechos probados que justificarían dicha causa económica difieren.

Por su parte, la STS de 16 de mayo de 2017 (Rec. 3653/2015) examina el fondo de la cuestión para alcanzar la conclusión de que no existe contradicción entre las resoluciones comparadas, en un supuesto en que se discutía la temporalidad del contrato de colaboración social suscrito entre el trabajador y un Ayuntamiento. En particular, analiza la jurisprudencia –por otro lado rectificad– sobre el contrato de colaboración social, para alcanzar la conclusión de que en atención a los hechos probados (que no eran totalmente idénticos), dicha contradicción no existe por acreditarse la temporalidad en el supuesto de la sentencia recurrida y no en la sentencia de contraste.

Por último, la STS de 30 de marzo de 2017 (Rec. 3212/2015) parte de la doctrina sentada en la STS de 5 de diciembre de 2007 (Rec. 5073/2006), para concretar que no existe contradicción y por lo tanto no procede resolver la cuestión planteada en relación a cómo debe ejecutarse una sentencia que reconoce la incapacidad permanente total, y el INSS no alega hasta ese momento que el trabajador desarrolla un trabajo productivo que es incompatible con la pensión. El análisis de la contradicción parte de la doctrina asentada por la sentencia referida para concluir que la contradicción es inexistente en atención a que en la sentencia recurrida existía un parámetro de concreción de la fecha de efectos económicos que no constaba en la de contraste, por lo que, en realidad, las doctrinas de ambas sentencias no eran contradictorias.

4.5 ¿Identidad solo en hechos o también en fundamentos y pretensiones?

Hay una pregunta que podríamos formularnos: si al igual que ocurría en la contradicción *a fortiori*, para apreciar contradicción *a posteriori* se exige el análisis del fondo para determinar si la identidad existe, pero solo respecto de los hechos. La respuesta debe ser necesariamente negativa. No puede obviarse el hecho de que el fondo de la cuestión exige poner en relación hechos probados con la pretensión de las partes y fundamentos, siendo ello así, lo que resuelva el fondo puede afectar a los tres extremos, por lo que procedería realizar un examen de la contradicción *a posteriori* para concretar si existe identidad en hechos (p. ej. analizar si la persona padece ceguera legal para concretar si los actores de las resoluciones comparadas son ciegos), pretensiones (p. ej. examinar cuáles son los criterios jurisprudenciales admitidos de cuantificación de una indemnización por daños y perjuicios para concretar si existe identidad en las pretensiones de solicitud de la misma recurriendo a la LISOS o fijando criterios de cuantificación individualizados³⁷⁸), o en los fundamentos (p. ej. examinar la jurisprudencia sobre cuándo existe identidad entre normas convencionales, si en relación con el concreto precepto invocado o por comparación de las normas convencionales en su conjunto, para comprobar que los fundamentos de ambas sentencias en relación a cómo debe interpretarse un precepto convencional son efectivamente contradictorios)³⁷⁹.

³⁷⁸ Es el supuesto de la STS de 5 de octubre de 2017 (Rec. 2497/2015).

³⁷⁹ Es el supuesto de la STS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 1223/2015).

4.6 Dificultades de apreciación de contradicción *a posteriori*

La complejidad –si no novedad– del examen de la contradicción *a posteriori*–, hace que en no pocas ocasiones la jurisprudencia refiera a cuestiones que podrían quedar encuadradas en la misma, pero que en realidad se confunden con otros supuestos de contradicción ya examinados en el presente trabajo. Es lo que ocurre cuando se confunde la contradicción *a posteriori* con la contradicción *a fortiori*, o con la ordinaria, o simplemente con una divergencia en los argumentos que justifican el fallo.

4.6.1 LA CONFUSIÓN ENTRE CONTRADICCIÓN *A FORTIORI* Y *A POSTERIORI*

En ocasiones se confunde la contradicción *a fortiori* con la contradicción *a posteriori*. La razón puede venir por el hecho de que no está acuñado el concepto que estamos manejando de contradicción *a posteriori*, de ahí que existan sentencias que aludan expresamente a la «contradicción *a posteriori*», si bien no haciendo referencia a los elementos definidores de ésta, sino a los propios que hemos analizado de contradicción *a fortiori*. Ello ha ocurrido en la STS de 29 de junio de 2018 (Rec. 1035/2017), en que en contestación a las alegaciones de la parte recurrente concluye que «no cabe acudir a la fórmula de contradicción *a posteriori* debido a que la misma es de aplicación cuando la comparación entre hechos se limita a la valoración de la mayor o menor entidad de los mismos, sin que quepa emplearla cuando la diferencia atañe a una consecuencia de origen normativo». Como claramente puede observarse, la sentencia habla de contradicción *a posteriori*, pero la explicación que realiza de dicho concepto no es la que estamos examinando, sino la característica de la contradicción *a fortiori* por aludir a hechos de mayor valor en la sentencia recurrida que en la de contraste.

Por su parte la STS de 14 de junio de 2018 (Rec. 1729/2016), igualmente en contestación al RCU presentada, alude a que «El recurso habla de contradicción *a fortiori* que equipara a la «*a posteriori*» que tendría lugar de aceptarse la revisión fáctica que propone de forma encubierta y que es inadmisibles. La contradicción *a fortiori* es una locución latina que significa «con mayor motivo», lo que aplicado en estos casos supone que si en un caso se resolvió en un sentido en el posterior debería resolverse igual «con mayor motivo», esto es por ofrecerse mayores razones para obtener ese resultado, lo que no es el caso porque los indicios de existencia de relaciones laborales son fuertes en el caso de la sentencia de contraste y endebles por no decir inexistentes en el caso de la sentencia recurrida». En este supuesto, la confusión la provoca la parte, que desco-

nociendo las diferencias en los conceptos que estamos manejando en el presente estudio, obliga a la Sala a abordar ambas definiciones, aunque, como por otro lado hace, termina definiendo la contradicción *a posteriori* en los mismos términos tradicionalmente utilizados para identificar la contradicción *a fortiori*.

4.6.2 LA INVOCACIÓN DE LA CONTRADICCIÓN A *POSTERIORI* CUANDO EL ANÁLISIS SE REFIERE A LA CONTRADICCIÓN ORDINARIA

Debido a la falta de acuñamiento (legal o jurisprudencial) del término contradicción *a posteriori*, es por lo que o bien se confunde éste con la contradicción *a fortiori* –*Vid.* los ejemplos anteriormente expuestos– o bien simplemente se utiliza éste cuando en realidad se realiza un análisis comparativo de las sentencias prototípico de la contradicción ordinaria –de ahí la necesidad de aclarar los mismos en este estudio–. No son pocos los ejemplos en que ello ha ocurrido, así, la STS de 9 de mayo de 2019 (Rec. 1776/2017) parte de un examen de las normas examinadas en la sentencia recurrida y de contraste (diferentes, al ser el RD 1131/2002, de 31 de octubre en la sentencia de contraste, y 166.2 LGSS/1994 en la sentencia recurrida), y de la jurisprudencia que la interpreta, para concluir que no existe contradicción y por lo tanto no procede entrar a conocer de la cuestión relativa a si procede reclamar la jubilación parcial cuando al relevista se le ha sancionado con una suspensión de empleo y sueldo. En realidad, aunque la sentencia refiere expresamente a la necesidad de examinar el fondo de la cuestión para determinar si existe o no contradicción, la diferente redacción de ambos preceptos permitiría haber apreciado la inexistencia de contradicción ordinaria, siendo simplemente el examen de la normativa legal uno de los mecanismos de indagación de identidad en los hechos a los que nos hemos referido anteriormente.

Por su parte, la STS de 18 de febrero de 2019 (Rec. 1814/2017), argumenta sobre lo que estamos denominando contradicción *a posteriori* analizando el texto de dos preceptos legales –aplicables a un supuesto en que se discutía la reposición de prestaciones por desempleo en supuestos de ERE precedido de ERTE–, si bien realizando una comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones –incluida la comparación de las normas invocadas en las sentencias comparadas– en sentido tradicional, y ello para concluir que la misma no existe.

La STS de 5 de febrero de 2019 (Rec. 3974/2017), a pesar de citar la doctrina en relación a lo que estamos denominando contradicción *a posteriori*, compara, de forma tradicional u ordinaria, los hechos, fundamentos y pretensiones de las resoluciones comparadas, para alcanzar la conclusión de que la contradic-

ción existe y por lo tanto procede resolver la cuestión relativa a si procede abonar las diferencias salariales a quien realiza funciones de un puesto de trabajo superior no incluido en la relación de puestos de trabajo de la empresa (pública).

Por otro lado, la STS de 29 de enero de 2019 (Rec. 138/2016) cita la doctrina de la contradicción *a fortiori* para terminar examinando los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias comparadas, y concluir que la contradicción es inexistente por tener «diferente redacción, naturaleza y alcance de los pactos sobre cuya nulidad se ha discutido», por lo que no entra a conocer de la cuestión relativa a si procede indemnizar por daños y perjuicios a un trabajador tras declararse la nulidad de un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, lo que en la práctica supondría un simple examen de los fundamentos (en este caso análisis de la normativa aplicable como se explicó al comienzo de este estudio al examinar la contradicción ordinaria).

Igualmente la STS de 22 de enero de 2019 (Rec. 3701/2016), simplemente analiza los hechos probados y las pretensiones (alegación de la garantía de indemnidad) a efectos del examen de la contradicción necesaria para la admisión del RCUD, ahora bien, centrándose en uno de ellos: la existencia en la sentencia de contraste y no en la recurrida de una sentencia que declaró la existencia de cesión ilegal y que se anuló, para concluir que dicha diferencia no es determinante de la inadmisión puesto que la situación en el momento de ser despedidos los trabajadores concuerda, lo que en la práctica no es más que una forma de análisis de la existencia de identidad sustancial en los hechos probados característica del análisis de la contradicción ordinaria.

Nuevamente aprecia la inexistencia de contradicción entre resoluciones comparadas, recurriendo al mecanismo tradicional de examen de la contradicción ordinaria, la STS de 4 de diciembre de 2018 (Rec. 3547/2016), y ello a pesar de que se cita la doctrina sobre contradicción *a posteriori*, sin que la Sala 4.^a del Tribunal Supremo entra a conocer de la cuestión relativa a quien tiene la responsabilidad de abono de una incapacidad permanente total derivada de contingencia común que surge tiempo después de que al trabajador se le hubiera reconocido una incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo, por no apreciar la existencia de contradicción.

Por su parte, la STS de 19 de julio de 2018 (Rec. 823/2017), entra a conocer de la cuestión relativa a la validez de un contrato por obra o servicio cuya temporalidad viene anudada a una contrata, y en particular, examina si existe autonomía y sustantividad, eso sí, examinando la existencia de contradicción de forma ordinaria, aunque explicitando que en ocasiones es necesario recurrir a un análisis sobre el fondo de la cuestión para concretar si la contradicción existe o no.

Las SSTS de 5 de julio de 2018 (Rec. 690/2017), y de 12 de septiembre de 2018 (Rec. 3885/2017) examinan la existencia de igualdad en hechos, fundamentos y pretensiones y fallos contradictorios, sin necesidad de examinar el fondo de la cuestión salvo para justificar el fallo a pesar de citar la jurisprudencia que referiría a lo que estamos denominando contradicción *a posteriori*, en un supuesto en que se discutía, tras la entrada en vigor del RD-ley 20/2012, de 15 de julio, el momento en que nace la responsabilidad del FOGASA en caso de concurso de acreedores de la empresa, si en la fecha de declaración del concurso o en la de extinción de la relación laboral.

Por su parte, la STS de 27 de junio de 2018 (Rec. 302/2017), aprecia la inexistencia de contradicción tras aludir al concepto de contradicción *a posteriori* que estamos manejando, si bien sin examinar previamente el fondo de la cuestión para concretar si la contradicción existe o no, y ello en un supuesto en que se discutía si procedía la extinción de la prestación por desempleo cuando el beneficiario fue sorprendido prestando servicios en el bar del que era titular su esposa (típico supuesto en que es necesaria la comparación «ordinaria» entre hechos probados, para determinar si existe o no contradicción).

La STS de 27 de febrero de 2018 (Rec. 689/2016) cita la doctrina de la contradicción *a posteriori* si bien analiza la contradicción en la forma tradicional, para concluir que existe contradicción, discutiéndose si la declaración de improcedencia del despido en razón a la alegación de una carencia de un requisito formal, introducida en el acto de juicio oral, constituye una variación sustancial de la demanda.

Igualmente realiza un examen de la contradicción de forma tradicional u ordinaria la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. 68/2016), para concluir que existe contradicción, a pesar de hacer referencia a la doctrina de la contradicción *a posteriori* (en un supuesto en que se discutía la calificación de la extinción de la relación que vinculaba a un trabajador indefinido no fijo con la administración, por cobertura reglamentaria de la plaza).

Las SSTS de 6 de febrero de 2018 (Rec. 581/2017), de 12 de diciembre de 2017 (Rec. 3015/2016), y de 5 de julio de 2018 (Rec. 589/2017), realizan una comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones para concluir que existe la igualdad sustancial necesaria para la admisión del RCUD, y entran a conocer del fondo de la cuestión relativa a si la responsabilidad del FOGASA nace en la fecha de declaración de insolvencia de la empresa en el seno del proceso o cuando se declara por resoluciones anteriores al hilo de otros procedimientos (ejecución seguidas por distintos trabajadores frente a la misma empresa), invocando la doctrina de lo que podría considerarse contradicción *a posteriori*.

Igualmente la STS de 5 de octubre de 2017 (Rec. 2497/2015), tras realizar una comparación de hechos de forma tradicional, refiere a lo que estamos denominando contradicción *a posteriori* al examinar las pretensiones, realizando, sin embargo, una comparación al modo tradicional, para concluir que éstas son las mismas a pesar de existir diferencias (en la sentencia recurrida se solicitaba una indemnización por daños morales derivados del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales con remisión a la LISOS y en la de contraste dando pautas para su cuantificación), lo que en la práctica no supone la necesidad de un examen sobre el fondo de la cuestión para la determinación de la existencia o no de contradicción.

Nuevamente la STS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 1223/2015) compara hechos, fundamentos y pretensiones, para concluir que existe contradicción a pesar de que las normas examinadas son distintas, cuando la redacción es sustancialmente idéntica, por lo que a pesar de citar la jurisprudencia prototípica de lo que hemos definido como contradicción *a posteriori*, no hace más que realizar un análisis de la contradicción –especialmente respecto de los fundamentos– en sentido tradicional.

Más difícil es delimitar si efectivamente se ha apreciado la contradicción *a posteriori* o la ordinaria en el supuesto examinado en la STS de 11 de mayo de 2017 (Rec. 1495/2015), en que se discutía el valor liberatorio del finiquito, y ello por cuanto a pesar de que la propia sentencia afirma que «la contradicción respecto de los finiquitos solo puede entenderse existente si la redacción de los documentos es similar y las circunstancias concurrentes (antecedentes, autoría, momento de la firma, clima creado, etc.) presentan una igualdad sustancial», y previo análisis de la jurisprudencia sobre el valor liberatorio del finiquito, termina por comparar los hechos probados (textos de los mismos, la posición del trabajador al suscribir el documento, etc.) y concluye que la contradicción es inexistente. Ello, en realidad, supone alterar el análisis de la contradicción, que debe partir del análisis de los hechos probados para concluir si la identidad existe o no, para después entrar a conocer del fondo de la cuestión si se apreciara contradicción, que en este caso se referiría a si concurren las exigencias jurisprudenciales para otorgarle valor liberatorio.

Y por último, la STS de 30 de marzo de 2017 (Rec. 2155/2015), invoca la doctrina de la contradicción *a posteriori* en un supuesto en que discutiéndose la calificación del despido por causas objetivas de un trabajador al que se le retira el carné de conducir, en la carta de despido entregada al trabajador de la sentencia recurrida se hacía referencia a la sentencia de contraste. Ello, sin embargo, no supone la obligatoriedad de examinar el fondo de la cuestión prototípica de la contradicción *a posteriori* para determinar si existe o no la

contradicción exigida para la admisión del RCUD, que además en el caso se considera inexistente por existir diferencias en los hechos probados.

4.6.3 LA CONFUSIÓN ENTRE CONTRADICCIÓN A *POSTERIORI* Y DIVERGENCIA EN LOS ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN EL FALLO

Puesto que el análisis del fondo de la cuestión puede servir para concretar si existe identidad en hechos, fundamentos y pretensiones, y como consecuencia de una falta clara de identificación de cómo deben examinarse los requisitos del artículo 219 LRJS previo análisis del fondo de la cuestión (contradicción *a posteriori*), no son pocas las ocasiones en que refiriéndose a la necesidad de invertir el procedimiento básico para la admisión del RCUD (análisis del fondo de la cuestión para concretar si existe identidad entre las resoluciones comparadas), sin embargo, lo que se realiza es una comparación entre las fundamentaciones jurídicas de las resoluciones comparadas que derivarían en una divergencia en los fallos, situación ésta prototípica de lo que aquí hemos denominado contradicción «ordinaria». Esto ha acontecido en no pocas ocasiones, en particular: 1) En las SSTS de 18 de septiembre de 2018 (Rec. 2646/2017), de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 366372016), de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 1967/2016), de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 234772016), de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 2869/2016), de 12 de diciembre de 2017 (Rec. 4045/2016), de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 2336/2016), de 30 de noviembre de 2017 (Rec. 3629/2016), y de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 2608/2016), en que discutiéndose si cuando el FOGASA no dicta resolución expresa el silencio debe considerarse positivo o negativo en relación con el reconocimiento de cuantías prestacionales que exceden de los límites de su responsabilidad. Las sentencias aluden a que previo examen de la contradicción se exige examinar el fondo de la cuestión, ya que en la sentencia recurrida se aplica el silencio positivo si bien con sometimiento a los límites legales y en la de contraste se aprecia igualmente silencio positivo pero sin sometimiento a dichos límites. Ello, en realidad, supone la divergencia en los fundamentos típica de la contradicción ordinaria, y no la más restrictiva de la contradicción *a posteriori*³⁸⁰ a pesar de lo que afirman las sentencias; 2) La STS de 8 de febrero de 2018 (Rec. 3389/2015), en que se examinaba la existencia o no de relación laboral, la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, si bien realiza una

³⁸⁰ Sobre dicha cuestión, si bien apreciando la inexistencia de contradicción a pesar de argumentar sobre lo que estamos denominando contradicción *a posteriori*, se ha pronunciado las SSTS de 6 de febrero de 2018 (Rec. 681/2017), 29 de noviembre de 2017 (Rec. 2938/2016), 20 de diciembre de 2017 (Rec. 2364/2016).

prolija fundamentación sobre las notas que caracterizan la relación laboral, anunciando que se exige un examen sobre el fondo de la cuestión a efectos de apreciar la existencia de contradicción, sin embargo realiza una comparación entre hechos de modo tradicional, a efectos de concluir que los mismos son sustancialmente iguales, y que de existir diferencias, éstas se salvaguardan en el hecho de que «ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando»; 3) Por su parte, la STS de 29 de enero de 2019 (Rec. 486/2017) igualmente lo que hace es examinar la fundamentación jurídica de las sentencias en relación a si existe o no homogeneidad en los complementos retributivos sobre cuya absorción y compensación se discute, para concluir que la contradicción existe ya que conforme a lo dispuesto en la sentencia de contraste no es preciso que éstos sean homogéneos, lo que lleva a que se salve la existencia de contradicción pero no por existir contradicción *a posteriori*, sino precisamente, por cuanto existiría identidad en relación a los conceptos en juego aunque contengan denominaciones diferentes, lo que en la práctica no es más que un análisis de la contradicción en sentido tradicional al no exigirse identidad absoluta sino sustancial; 4) La STS de 20 de marzo de 2019 (Rec. 1784/2017), si bien previamente a examinar la existencia o no de contradicción, sistematiza la doctrina constitucional y del TJUE y su propia jurisprudencia sobre la enfermedad como causa de discriminación, termina examinando la fundamentación jurídica de las sentencias comparadas (que por otra parte refieren a la misma doctrina), para concluir que en realidad las doctrinas de ambas sentencias no son contradictorias, por lo que desestima el RCU precisamente por no apreciar la existencia de contradicción. Lo que la sentencia hace, aunque pueda parecer lo contrario, no es un examen de la contradicción *a posteriori*, sino que simplemente invierte los términos en que generalmente se pronuncian las sentencias de unificación de doctrina, al sistematizar la jurisprudencia sobre la cuestión en primer lugar, para después, realizar la comparación prototípica de la contradicción «ordinaria», pero sin que sea necesario proyectar la jurisprudencia sobre el fondo para identificar si los hechos, fundamentos y pretensiones son los mismos, como generalmente se realiza en la contradicción *a posteriori*. 5) Por último, la STS de 18 de mayo de 2017 (Rec. 32847/2015), si bien parte del análisis de la doctrina sobre el derecho de retractación del trabajador, termina reconociendo que «este recurso

de casación unificadora no es posible por el mero hecho de que las sentencias opuestas asuman doctrinas contradictorias», reconociendo que *de facto* existiría contradicción doctrinal, pero al existir diferencias en los hechos probados, no procede apreciar la contradicción necesaria para admitir el RCU.

5. CONCLUSIONES

El análisis de la contradicción como cauce para el RCU no implica una simple labor del examen de las 7 diferencias (a modo del juego al que todos en alguna ocasión hemos jugado) entre las sentencias recurrida y de contraste. El presente estudio ha pretendido aclarar tres conceptos íntimamente relacionados, y todos ellos vinculados a la exigencia –prevista en el art. 219.1 LRJS– de que exista contradicción entre las resoluciones comparadas: contradicción ordinaria o tradicional, contradicción *a fortiori* y contradicción *a posteriori*, supuesto, éste último, al que se le ha otorgado una denominación no utilizada por la doctrina ni la jurisprudencia hasta ahora. De forma gráfica, podríamos sistematizar la labor de comparación de resoluciones abordada en cada uno de ellos del siguiente modo:

Contradicción ordinaria: [(= Hechos) + (= fundamentos) + (= pretensiones)] = admisión RCU = examen fondo cuestión

Contradicción *a fortiori*: [(hechos > valor sentencia recurrida que sentencia de contraste) + (= fundamentos) + (= pretensiones)] = admisión RCU = examen fondo cuestión.

Contradicción *a posteriori*: [análisis fondo cuestión debatida] -> [(= hechos probados) + (= fundamentos) + (= pretensiones)] = admisión RCU.

Para clarificar aún más las diferencias entre los tres tipos de contradicción abordados en el presente estudio: 1) Existirá contradicción ordinaria cuando se deniega una incapacidad permanente total a un gruista al que le falta un ojo, y se reconoce a otro gruista al que también le falta un ojo; 2) Existiría contradicción *a fortiori* cuando en una sentencia se reconoce una pensión de incapacidad permanente absoluta a un tuerto y se deniega a un ciego; y 3) Existiría contradicción *a posteriori*, cuando pueda afirmarse que se será ciego, cuando los actores de las resoluciones comparadas padezcan «ceguera legal».

Aun habiéndose dejado claros los conceptos, en la práctica la labor de apreciación de la existencia de contradicción no es sencilla. En el supuesto de lo que se ha denominado contradicción ordinaria o tradicional, la dificultad estriba en que la comparación en hechos no es una labor simple, especialmente cuando para apreciar que las resoluciones son contradictorias se exige com-

parar hechos probados que no se encuentran en la resultancia fáctica de las sentencias, sino en la fundamentación jurídica, en la obligación de que los hechos no sean «idénticos» sino «sustancialmente iguales», y en la concreción de cuáles son los relevantes a efectos de apreciar la existencia de contradicción por ser los fundamentales para resolver la cuestión planteada en el RCUD. Lo mismo ocurre respecto de las pretensiones, labor de comparación no siempre sencilla cuando no se identifica claramente cuál es la pretensión planteada en CUD y cuáles las pretendidas en las resoluciones comparadas. Y lo mismo acontece respecto de los fundamentos, especialmente por cuanto los recurrentes en CUD suelen confundir éstos con la fundamentación jurídica de las sentencias y cuando se exige comparar preceptos de normas legales respecto de las que han operado cambios normativos o preceptos de normas convencionales diversas. Por último, hay quienes olvidan que, a pesar de la identidad entre hechos, fundamentos y pretensiones de las resoluciones comparadas, para que exista contradicción los fallos deben ser contradictorios.

Mayor dificultad existe cuando la admisión del RCUD se refuerza por existir contradicción *a fortiori*, supuesto éste no suficientemente abordado por la doctrina, aunque sí utilizado reiteradamente por la jurisprudencia como criterio de admisión del RCUD. La misma, referida a los hechos probados, exige conocer las instituciones jurídicas como requisito *sine qua non* se permitirá concluir que los hechos probados de una resolución son de mayor valor que los de otra, y sin embargo la satisfacción de los intereses de uno es menor que los de otro.

Para terminar, la mayor aportación que se realiza con el presente estudio, es la identificación de cuándo existe contradicción *a posteriori*, término no utilizado doctrinal o jurisprudencialmente, y cuya definición se ha elaborado tras un complejo análisis de la finalidad pretendida con el RCUD y la necesidad de su abordaje para no impedir que el RCUD cumpla con su labor unificadora.

A todo ello se añade que las elaboraciones doctrinales abarcadas en el estudio que se presenta, se completan con una sistematizada y completa indagación de las sentencias en que las mismas se han utilizado (identificándolas o no), de los supuestos en que equívocamente se identifica un tipo de contradicción cuando *de facto* se trata de otra, y de los supuestos límites en que se ha recurrido al análisis definitorio de cada figura para entrar a conocer del RCUD interpuesto. Esperemos haber aclarado el asunto y facilitado a los operadores jurídicos herramientas para superar el necesario juicio de contradicción que exige el RCUD.

CAPÍTULO VI

LA POSIBILIDAD DE INVOCACIÓN DE SENTENCIAS DE «TRIBUNALES MAYORES» CON FINES DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La invocación como contradictorias de sentencias del TC.*—3. *El limitado impacto de la doctrina del TJUE y del TEDH.*—4. *Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación para la unificación de doctrina es, en lo que se refiere al orden social, el medio de impugnación más significativo en las últimas décadas, y seguramente también el filtro más exigente para conseguir un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que su correcto diseño es una exigencia jurídico-procesal de primer orden. Lógicamente, y pese a que las normas jurídicas son interpretables, la coherencia del ordenamiento justifica opciones legislativas que favorezcan la interpretación uniforme ante los mismos hechos, pues, a la postre, así se refuerza con mayor intensidad la seguridad jurídica. La coherencia del ordenamiento y la seguridad jurídica son, indu-

dablemente, dos de los principales objetivos que el legislador pretendía lograr con este recurso.

En este contexto, la identificación precisa de las decisiones que permiten acudir ante el Tribunal Supremo es determinante, y esa es una opción legislativa que puede resultar más o menos amplia o generosa, y que conviene valorar con cautela. Como es bien sabido, el artículo 217 de la ya derogada LPL, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, disponía que el recurso de casación para la unificación de doctrina «tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos». Por consiguiente, la admisión del recurso quedaba supeditada a que la sentencia recurrida hubiera resuelto el supuesto de hecho controvertido de forma diferente a otros TSJ o al propio TS.

Desde una perspectiva tradicional, parece lógico que el legislador se decantase inicialmente por constreñir las sentencias de contraste a las emanadas de un TSJ o del propio TS, por el propósito de conseguir una interpretación uniforme en todo el territorio y con la intención de que este recurso quedara circunscrito a la jurisdicción ordinaria y, en particular, a la doctrina de los órganos jurisdiccionales directamente concernidos por las leyes de procedimiento laboral. Sin embargo, es claro que en los últimos años la jurisprudencia del TC y la doctrina de algunos tribunales internacionales y supranacionales, y en particular el TEDH y el TJUE, han cobrado un notable protagonismo en algunas parcelas de lo social, hasta el punto de rectificar criterios interpretativos de la jurisdicción social ordinaria, obligando a modificar doctrinas en muchos casos consolidadas. Los tribunales del orden social no han sido especialmente reacios o reticentes a incorporar esa doctrina, sino que en ocasiones incluso adoptan una posición o enfoque más activo –o activista–, solicitando explícitamente aclaraciones a través de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

No es por tanto extraño que el legislador, en la actualización de las reglas del proceso laboral, diera entrada, a efectos de apreciar la imprescindible contradicción en esta modalidad de recurso de casación, a sentencias de esos otros tribunales que en la práctica ya venían influenciando de manera decisiva al orden social, pues de lo contrario se corre el riesgo de perpetuar artificialmente criterios basados en legalidad ordinaria que son contrarios a normas, valores

o principios con una posición preeminente en el ordenamiento. En ese contexto, el artículo 219 LRJS permite alegar como doctrina de contradicción «la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades», si bien no cabe olvidar que la «sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado». Se añade asimismo que, «con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario».

La extensión es razonable, pero probablemente las dificultades técnicas pueden ser de envergadura, especialmente en el supuesto de tribunales inter y supranacionales, toda vez que el recurso de casación para unificación de doctrina requiere que ante «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 219.1 LRJS). Muchas de esas sentencias de tribunales externos traen causa de la aplicación de un derecho extranjero, por lo que la mayor o menor relevancia de esta ampliación del espectro de decisiones que han de tomarse en consideración depende, a la postre, de cómo se interprete esa «sustancial igualdad» por parte del Tribunal Supremo.

2. LA INVOCACIÓN COMO CONTRADICTORIAS DE SENTENCIAS DEL TC

Como ya se ha indicado, el artículo 219.2 LRJS permite alegar como contradictorias sentencias del TC en relación con la tutela de derechos y libertades fundamentales, advirtiendo que la sentencia que resuelva el recurso de casación para unificación de doctrina debe limitarse «en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado». El Tribunal Supremo ha debido aquilatar la interpretación de este precepto, pues, como se sabe, la invocación de una vulneración de derechos fundamentales es cada vez más frecuente en el orden social, y la jurisprudencia constitucional se convierte en un referente obligado.

En principio, podría pensarse que la comparación entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste sigue los mismos cánones con independencia de que esta última provenga de un TSJ, del TS o del TC. Sin embargo, el TS ha puesto énfasis en el inciso legal que condiciona la admisión del recurso al hecho de que «se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades», puesto que a su juicio cabe una doble interpretación del precepto.

La primera de ellas, seguramente la que se presenta *prima facie* como la opción más natural, consiste en considerar que esa referencia remite de manera «simple y pura a la prescripción del artículo 219.1 LRJS sobre la exigencia de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», igualdad sustancial en el substrato previo a los respectivos fallos (de la sentencia recurrida y de la de contraste)». Sin embargo, el TS rechaza esa interpretación porque entiende que una extensión de la doctrina tradicional sobre los requisitos de acceso a la contradicción, formulada en términos muy rigurosos, «conduciría a vaciar de contenido la apertura realizada por el artículo 219.2 LRJS cuya evidente finalidad es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional; y más difícil aún sería si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario»³⁸¹.

Por consiguiente, se propugna la aplicación de «criterios más flexibles ante las mayores dificultades de cotejo, especialmente en el aspecto fáctico, teniendo presente la finalidad que ha inspirado la introducción de estas sentencias como posibles contradictorias por parte de la LRJS, sin olvidar que la protección que puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción»³⁸². En este sentido, se advierte que el legislador ha «relajado la contradicción», pero ello «no significa que la misma haya desaparecido, pues el contraste de doctrinas se permite «siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior»», de modo que «no es necesario que las pretensiones sean idénticas, aunque sí los debates sobre vulneración del derecho; desde la perspectiva del derecho constitucional invocado, las situaciones sí han de ser homogéneas pues de lo contrario no podía hablarse de contradicción entre doctrinas. En suma, no se exige la identidad

³⁸¹ Cfr. STS de 14 de noviembre de 2014 (recurso 1839/2013).

³⁸² Cfr. STS de 12 de septiembre de 2017 (recurso 2805/2015).

integral habitual («hechos, fundamentos y prensiones») pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado)»³⁸³.

El TS defiende, por tanto, que la «igualdad sustancial debe venir referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate (o, en su caso, de alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales)». Es decir, ha de «prescindirse de la búsqueda de coincidencias sustanciales en las relaciones sustantivas que dieron origen a los respectivos litigios, así como de las pretensiones que los motivaron y los fundamentos en los que las partes apoyaron sus exigencias frente al adversario», de modo que la «comparación quedará limitada al supuesto que origina la pretensión de tutela, pues de no existir coincidencia, la doctrina invocada de contraste no sería de aplicación»³⁸⁴.

Esta diferente perspectiva de aproximación exige poner el foco, por tanto, en el derecho fundamental que entra en juego y, dentro de él, en la parcela concreta de ese derecho fundamental que ha sido interpretada de manera diferente por el tribunal ordinario y por el TC, lo que es particularmente relevante en derechos complejos, como la intimidad³⁸⁵ o, principalmente, la tutela judicial efectiva³⁸⁶, donde lo determinante es la «controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas»³⁸⁷. A modo de ejemplo, no puede apreciarse contradicción cuando se imputa incongruencia a la sentencia de instancia pero la sentencia de contraste se refiere a incongruencia en el recurso de suplicación³⁸⁸, o cuando el tribunal ordinario se ha pronunciado sobre la incongruencia y la sentencia de contraste o bien simplemente hubiera optado por una interpretación distinta³⁸⁹, o bien viniera referida «al derecho de acceso a los recursos o a la garantía de indemnidad, supuestos en los que brillaría por su ausencia la necesaria homogeneidad –igualdad sustancial– indispensable para dar paso al recurso, mediante la constatación de la contradicción doctrinal y,

³⁸³ Cfr. STS de 6 de julio de 2015 (recurso 1758/2013).

³⁸⁴ Cfr. STS de 11 de marzo de 2015 (recurso 1569/2014).

³⁸⁵ Vid. AATS de 9 de septiembre y de 17 de diciembre de 2015 (recursos 2602/2014 y 1472/2015).

³⁸⁶ Vid. AATS de 9 de abril y de 6 de junio de 2013 (recursos 2221/2012 y 2930/2012), de 28 de octubre de 2015 (recurso 87/2015), de 18 de febrero de 2016 (recurso 752/2015), de 7 y 9 de febrero de 2017 (recursos 639/2016 y 2799/2015) y de 11 de septiembre de 2018 (recurso 3907/2017).

³⁸⁷ Cfr. AATS de 2 de noviembre de 2016 (recurso 583/2016) y de 2 de julio de 2019 (recurso 1887/2017).

³⁸⁸ Vid. AATS de 25 de octubre de 2017 (recurso 828/2017).

³⁸⁹ Vid. AATS de 9 de octubre de 2018 (recurso 502/2018) y de 15 de enero de 2009 (recursos 1327/2018 y 2149/2018).

consiguientemente, a la necesaria aplicación de la doctrina constitucional establecida por la sentencia de contraste»³⁹⁰. Es criterio reiterado que «en los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión»³⁹¹. Y consideraciones similares podrían hacerse en relación con la alegación de indefensión³⁹².

En suma, no solo debe invocarse el mismo derecho fundamental, sino que, por una parte, se «hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección»³⁹³, y, por otra, «resulta absolutamente imprescindible que en las dos sentencias comparadas se produzca una identidad sustancial en su fundamentación jurídica, entendida por tal no los razonamientos concretos que en ellas se contengan sino en el debate jurídico planteado y resuelto por las dos sentencias comparadas», teniendo presente que «no cabe hablar de contradicción, tampoco, cuando la legalidad –en sentido lato– no es la misma, por haber cambiado sustancialmente la jurisprudencia interpretativa»³⁹⁴, ni cuando la sentencia de contraste no se pronuncia sobre la cuestión controvertida en la sentencia recurrida³⁹⁵, ni, en último término, cuando una de las sentencias ofrece una argumentación detallada y la otra ignora esa cuestión³⁹⁶.

Es coherente, por tanto, que no se aprecie contradicción ante pretensiones diferentes³⁹⁷, debates jurídicos no coincidentes³⁹⁸, aun referidos a la misma institución (*v.gr.*, cosa juzgada)³⁹⁹, ni en presencia de «derechos fundamentales con proyección diferente precisamente porque inciden sobre situaciones de hecho, determinantes del derecho aplicado en esos casos, completamente diferentes», lo que conduce a que «las acciones y pretensiones suscitadas, los

³⁹⁰ Cfr. STS de 14 de noviembre de 2014 (recurso 1839/2013). También, STS de 18 de mayo de 2018 (recurso 381/2017) y ATS de 12 de diciembre de 2017 (recurso 980/2017).

³⁹¹ Vid. ATS de 18 de junio de 2019 (recurso 3735/2017).

³⁹² Vid. AATS de 25 de abril de 2017 (recurso 3814/2016) y de 20 de marzo y de 18 de septiembre de 2018 (recursos 3011/2017 y 4014/2017).

³⁹³ Cfr. AATS de 20 de abril y de 20 de junio de 2017 (recursos 1769/2016 y 1631/2016) y de 6 de noviembre y de 13 de diciembre de 2018 (recursos 487/2018 y 1437/2018).

³⁹⁴ Cfr. STS de 12 de septiembre de 2017 (recurso 2805/2015). También, SSTS de 16 de septiembre de 2014 (recurso 2431/2013), de 20 de enero de 2015 (recurso 740/2014), de 14 de julio de 2016 (recurso 3761/2014), de 14 de julio de 2017 (recurso 2320/2015), de 9 de mayo de 2018 (recurso 2635/2016) y de 5 de julio de 2018 (recurso 2274/2016).

³⁹⁵ Vid. AATS de 10 y de 24 de abril de 2018 (recursos 2314/2017 y 1829/2017).

³⁹⁶ Cfr. AATS de 19 de junio y de 2 de julio de 2019 (recursos 2856/2017 y 1887/2017).

³⁹⁷ Vid. AATS de 7 de febrero y de 8 de marzo de 2018 (recursos 360/2017 y 2293/2017).

³⁹⁸ Vid. AATS de 9 de febrero, de 9 de marzo, de 6 de abril y de 19 de diciembre de 2017 (recursos 2269/2016, 809/2016, 3274/2016 y 1585/2017).

³⁹⁹ Vid. ATS de 18 de octubre de 2017 (recurso 1451/2017).

debates y la razón de decidir» sean también distintos y con ello que no «exista doctrina que necesite ser unificada»⁴⁰⁰.

Esta flexibilidad se acerca en buena medida a la comparación abstracta de doctrinas, si bien no se apreciará contradicción cuando la disparidad en el supuesto de hecho (que puede derivar de una situación fáctica de base muy distinta o de una aparentemente similar pero con discrepancia en lo que efectivamente se haya podido probar) sea determinante de la diferencia en la argumentación jurídica y, por consiguiente, en el fallo⁴⁰¹, puesto que no cabe considerar una sentencia contradictoria cuando existe «conurrencia de fallos»⁴⁰².

3. EL LIMITADO IMPACTO DE LA DOCTRINA DEL TJUE Y DEL TEDH

La invocación de sentencias contradictorias del TJUE en el recurso de casación para la unificación de doctrina ha sido, hasta el momento, muy limitada. En cualquier caso, conviene dejar constancia de que la perspectiva de aproximación del TS es sustancialmente idéntica a la utilizada en relación con las sentencias del TC, pues la problemática que pueden generar es, hasta cierto punto, muy similar. La flexibilidad a la que se aludía en el epígrafe precedente parece aún más necesaria, toda vez que el supuesto de hecho debió resolver la sentencia del TJUE o del TEDH que se aporte como contradictoria puede haber tenido lugar en un país diferente a España y, por tanto, en aplicación de una normativa nacional distinta de la española. La identidad exigida tradicionalmente para la admisión del recurso de casación, sin matización alguna, frustraría la efectividad práctica del precepto legal.

Precisamente por ello, el TS ha dejado claro que «el legislador no ha eximido del requisito de la contradicción cuando se trata de sentencias del TJUE, pero no cabe duda de que, respecto de la misma, se han de aplicar criterios mucho más flexibles ante las mayores dificultades de cotejo, especialmente en el aspecto fáctico (piénsese que en muchos casos los hechos base se encuentran en litigios que se producen en otros países de la Unión a los que resulta aplicable su propio derecho interno, a la vez que el común derecho de

⁴⁰⁰ Cfr. ATS de 2 de febrero de 2016 (recurso 980/2015).

⁴⁰¹ *Vid.* AATS de 27 de octubre de 2016 (recurso 606/2016) y de 11 de mayo, de 27 de junio y de 31 de octubre de 2017 (recursos 3124/2016, 26/2017 y 943/2017) y de 10 y 16 de enero, de 22 de febrero y de 10 de abril de 2018 (recursos 977/2017, 1311/2017, 2695/2017 y 3160/2017).

⁴⁰² Cfr. ATS de 12 de julio de 2017 (recurso 3766/2016).

la Unión), teniendo presente la finalidad que ha inspirado la introducción de estas sentencias como posibles contradictorias por parte de la LRJS, sin olvidar que la protección que puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción». El Tribunal remite expresamente al criterio sentado en relación con la jurisprudencia del TC para reiterar que la finalidad del artículo 219.2 exige una interpretación menos rigurosa en el trámite de admisión del recurso, de modo que lo determinante es la coincidencia en la argumentación⁴⁰³.

Por consiguiente, el recurso de casación para unificación de doctrina no será admitido cuando el debate jurídico no se articule sobre los mismos parámetros, por más que la institución afectada o el derecho invocado pueda ser el mismo o similar, o que se trate de aspectos o situaciones con conexiones evidentes para completar el régimen jurídico de una institución concreta. Así lo ha defendido el TS en relación con la maternidad subrogada, pues no es el mismo debate jurídico el que se centra en los derechos de la madre subrogante que aquel que trata de dilucidar si en estas situaciones de gestación por subrogación el padre biológico puede disfrutar de la totalidad del permiso. Desde luego, no cabe invocar como contradictoria una sentencia del TJUE cuando el supuesto de hecho de la sentencia recurrida no encaja en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE⁴⁰⁴.

Lógicamente, tampoco se admite como contradictoria una sentencia del TJUE que no resuelva el tema litigioso planteado en la sentencia recurrida, como el TS ha advertido en relación con complementos salariales por la exposición a ruidos⁴⁰⁵, con el despido en IT cuando no consta que las dolencias se prolongarán en el tiempo⁴⁰⁶, en relación con normativa o situaciones muy particulares del Estado miembro correspondiente, como se ha puesto de manifiesto en el ámbito del trabajo a tiempo parcial⁴⁰⁷, o cuando el debate no se asienta en los mismos elementos –habitual en situaciones de transmisión de empresas⁴⁰⁸– o el asunto se refiere a un concepto de Derecho de la Unión con una diferente extensión en atención al ámbito o la parcela en la que se aplique, como sucede con el concepto de trabajador⁴⁰⁹. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el TS no ha flexibilizado la exigencia de que la contradicción se

⁴⁰³ Cfr. STS de 4 de abril de 2017 (recurso 3466/2015).

⁴⁰⁴ Cfr. STS de 30 de noviembre de 2016 (recurso 1307/2015).

⁴⁰⁵ Vid. ATS de 9 de octubre de 2012 (recurso 745/2012).

⁴⁰⁶ Vid. AATS de 3 de abril, y de 6 y 26 de junio de 2018 (recursos 2436/2017, 3060/2017 y 2337/2017).

⁴⁰⁷ Vid. STS de 21 de junio de 2017 (recurso 3068/2015).

⁴⁰⁸ Vid. ATS de 27 de julio de 2017 (recurso 3371/2016).

⁴⁰⁹ Vid. ATS de 20 de septiembre de 2016 (recurso 3899/2015).

extienda a la parte dispositiva de la sentencia, de modo que no es suficiente una asintonía respecto de la fundamentación jurídica cuando los fallos coinciden, como se desprende de la inadmisión de recursos en materia de retribución de las vacaciones⁴¹⁰.

Estos mismos criterios resultan asimismo de aplicación en las pocas ocasiones en las que se ha aportado como contradictoria una sentencia del TEDH. El Tribunal Supremo parte de las mismas premisas y comprueba no solamente el concreto derecho invocado, sino también que el debate jurídico sea equiparable, lo que implica, por ejemplo, que no se pueda apreciar contradicción entre dos casos de despido cuando en uno de ellos el conflicto versa sobre el fondo y en otro sobre jurisdicción⁴¹¹, ni tampoco cuando una sentencia no se pronuncia sobre la cuestión controvertida en el otro asunto⁴¹², o cuando la distinta solución de las sentencias comparadas depende de un elemento fáctico que no coincide⁴¹³ o de las diferencias de legislación entre los países involucrados⁴¹⁴, o una de ellas resuelve un supuesto con características muy singulares⁴¹⁵, todo lo cual justifica un fallo diferente. Por cierto, en el ámbito de las cuestiones procesales, y en particular en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva –o a un juicio justo en la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6)–, el TS condiciona la admisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina a la «suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas»⁴¹⁶. Conviene tener presente, no obstante, que las sentencias del TEDH aptas para admitir la contradicción han de cumplir el requisito de firmeza, lo que no sucede con aquellas que están pendientes de un ulterior pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo en Gran Sala⁴¹⁷.

⁴¹⁰ Vid. ATS de 22 de marzo de 2018 (recurso 2466/2017).

⁴¹¹ Vid. AATS de 16 de mayo de 2013 (recurso 1925/2012), de 3 de mayo de 2017 (recurso 3049/2016) y de 31 de mayo de 2018 (recurso 3603/2016).

⁴¹² Vid. ATS de 27 de mayo de 2014 (recurso 813/2013).

⁴¹³ Vid. STS de 19 de junio de 2018 (recurso 3726/2016) y AATS de 27 de noviembre de 2014 (recurso de queja 41/2014), de 18 de marzo de 2015 (recurso 76/2014) y de 11 de mayo de 2017 (recurso 1810/2016).

⁴¹⁴ Vid. ATS de 4 de noviembre de 2015 (recurso 2941/2014).

⁴¹⁵ Vid. AATS de 12 de marzo y de 7 de mayo de 2015 (recursos 2722/2014 y 198/2015), de 12 de julio, de 20 de septiembre y de 8 de noviembre de 2017 (recursos 3503/2016, 1189/2017 y 1934/2017) y de 17 de enero de 2018 (recurso 3322/2017), en relación con la pensión de viudedad que podría derivar de una unión formalizada por el «rito gitano».

⁴¹⁶ Vid. AATS de 10 y 19 de abril de 2018 (recursos 1978/2017 y 1935/2017), de 31 de mayo de 2018 (recurso 2257/2017) y de 29 de enero de 2019 (recurso 2259/2017).

⁴¹⁷ Vid. ATS de 18 de junio de 2019 (recurso 3463/2018).

4. CONSIDERACIONES FINALES

La flexibilidad en la admisión de recursos de casación para unificación de doctrina cuando la sentencia de contraste invocada no provenga de un órgano de la jurisdicción ordinaria es una medida razonable y, posiblemente, necesaria si se pretende que las sentencias del TC y de tribunales inter y supranacionales puedan jugar un papel en esta peculiar, y desde luego muy relevante, vía de impugnación. Esta flexibilización no tuvo lugar de forma espontánea, pero aparentemente no generó gran resistencia, como demuestra el «Acuerdo no jurisdiccional» de 11 de febrero de 2015⁴¹⁸, adoptado por la Sala de lo Social del TS con la intención, a buen seguro, de clarificar ante los operadores jurídicos que el acceso a la casación para unificación de doctrina a través de este conducto era realmente posible.

La flexibilización, seguramente, sea más apreciable en relación con tribunales internacionales y supranacionales, porque el derecho que está en la base de la decisión no siempre es el español. En cualquier caso, tampoco es descartable que el criterio final sea más o menos riguroso en atención al origen del litigio, y más particularmente cuando el supuesto de hecho resuelto por ese tribunal externo provenga de España, toda vez que la comparación abstracta de doctrinas parece difícilmente admisible ante supuestos de hecho de origen español. Cabe aventurar, en esos casos, que la comparación de los hechos será más rigurosa si el asunto es español y más flexible si es extranjero⁴¹⁹.

Es poco probable, no obstante, que la flexibilización acabe alcanzando a las sentencias de órganos de la jurisdicción ordinaria, donde se descarta la comparación abstracta de doctrinas y la «identidad» se exige en términos más rigurosos, seguramente por razones de viabilidad del recurso, pues una mayor generosidad en el trámite de admisión podría derivar en un colapso del Tribunal por falta de medios materiales y personales. No parece que la ampliación del espectro de resoluciones susceptibles de actuar como sentencias de contraste, ni aun con la ya aludida flexibilidad, vaya a derivar a corto plazo en problemas similares.

En fin, la flexibilidad se refiere a la coincidencia de los elementos fácticos del supuesto de hecho, pero no alcanza al tipo de órgano que emite la resolución de contraste. Es decir, las decisiones que se invoquen a efectos de contra-

⁴¹⁸ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-no-jurisdiccional-de-11-de-febrero-de-2015-del-Pleno-de-la-Sala-de-lo-Social-del-Tribunal-Supremo>.

⁴¹⁹ *Vid.* ATS de 28 de junio de 2017 (recurso 3223/2016).

dicción han de provenir del TC, del TJUE o del TEDH, y no de cualquier ente inter o supranacional, aun cuando cuente con prestigio o relevancia, porque el artículo 219.2 LRJS alude a «órganos jurisdiccionales», con las limitaciones que de ello derivan. Por consiguiente, no puede admitirse como contradictoria una Decisión del Comité Europeo de Derecho Sociales, pues dicho Comité no es un órgano jurisdiccional⁴²⁰.

⁴²⁰ Vid. AATS de 7 de febrero y de 11 de octubre de 2017 (recursos 1983/2016 y 1559/2017) y de 19 de enero de 2019 (recurso 765/2018).

CAPÍTULO VII

LAS DIFICULTADES DE CONTRADICCIÓN EN ASUNTOS RELATIVOS A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *En materia de despido disciplinario.*—3. *En asuntos relativos a la extinción ex artículo 50.1 ET.*—4. *Contradicción entre resoluciones sobre despidos objetivos.*—5. *Contradicción en materia de despido colectivo.*—6. *Las dificultades de contradicción respecto del contenido de la comunicación de la extinción.*—7. *Extinción de contratos temporales.*—8. *Valor liberatorio del finiquito de terminación del contrato.*—9. *Apunte final.*

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación para unificación de doctrina es un recurso extraordinario que tiene como objetivo lograr una interpretación uniforme de la Ley para de esa forma tutelar el interés general existente⁴²¹. Con ello se trata de «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la

⁴²¹ No así el de la parte litigante, de ahí que se haya dicho que este recurso no persigue la justicia del caso concreto, sino la aplicación uniforme de la Ley, por más que esa interpretación única termine redundando en beneficio de la parte recurrente (STS de 24 de junio de 2011, rcud 3460/2010).

unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia» (SSTS de 17 de diciembre de 1991, rcud 953/1991, y 29 de enero de 2009, rcud 476/08). Por tal razón, la contradicción judicial es el presupuesto esencial que condiciona la viabilidad y existencia misma del recurso. Solo la constatación de la existencia de sentencias contradictorias abrirá la vía para el examen de la infracción en su caso cometida, así como para la determinación de cuál sea la doctrina correcta para la solución del supuesto sometido a enjuiciamiento.

En concreto, el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser –a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo– una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia⁴²² o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo⁴²³, que haya ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso⁴²⁴. El análisis de la contradicción precisa un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, que aparecen acreditados en las sentencias comparadas⁴²⁵, sus fundamentos, pretensiones y decisiones⁴²⁶. En efecto, la contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de decisiones, pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales⁴²⁷. De lo contrario, si no se trata

⁴²² El recurso procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación (STS 817/2017 de 18 de octubre, rcud 2979/2015).

⁴²³ La identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que la contradicción basada en una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que dicha contradicción pueda ser apreciada, SSTS de 15 de abril de 2013, rcud 5248/2005, de 16 de abril de 2013, rcud 1331/2012, de 21 de julio de 2014, rcud 2099/2013, y de 17 de junio de 2014, rcud 2098/2013.

⁴²⁴ STS 907/2018, de 16 de octubre, rcud 2117/2017, con cita de SSTS de 9 de julio de 2008, rcud 2814/2007, de 5 y 21 de junio y de 30 de junio de 2008, rcud 4768/2006, 493/2007, 791/2007, de 10 de febrero de 2009, rcud 792/2008 y de 12 de julio de 2001, rcud 2482/2010.

⁴²⁵ Téngase en cuenta que si las sentencias deciden sobre apreciaciones fácticas distintas, no habrá contradicción a efectos doctrinales, que es la que interesa en este recurso, como ha señalado la STS de 3 de diciembre de 2013, rcud 3049/2012, que acoge doctrina de la STS de 26 de junio de 2013, rcud 2083/2012.

⁴²⁶ El análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito. Así lo ha venido entendiendo esta Sala, entre otras, en SSTS de 24 de septiembre de 2012, rcud 3643/2011, de 25 de noviembre de 2013, rcud 2797/2012, de 24 de febrero de 2014, rcud 732/2013, y de 3 de julio de 2018, rcud 1300/2017.

⁴²⁷ Entre otras, SSTS de 7 de abril y de 4 de mayo de 2005, rcud 430/2004 y rcud 2082/2004; de 25 de julio de 2007, rcud 2704/2006; de 4 y 10 de octubre de 2007, rcud 586/2006 y 312/2007; de 16 de noviembre de 2007, rcud 4993/2006; de 8 de febrero y de 10 de junio de 2008, rcud 2703/2006 y 2506/2007; de 24 de junio de 2011, rcud 3460/2010; de 6 de octubre de 2011, rcud 4307/2010; de 27 de diciembre de 2011, rcud 4328/2010 y de 30 de enero de 2012, rcud 4753/2010. También, SSTS de 16 de julio de 2013,

de la misma cuestión⁴²⁸ y/o si son diferentes los hechos⁴²⁹ y fundamentos aducidos en cada caso, la contradicción no se da porque esas diferencias pueden justificar soluciones distintas⁴³⁰. Tampoco habrá contradicción, a los efectos de este recurso, «si los pronunciamientos de las sentencias sometidas a contraste son coincidentes entre sí, aunque expongan doctrinas incompatibles»⁴³¹.

Una vez constatada la contradicción, el recurso «consiste, sin más, en un recurso de casación clásico en el que la Sala ha de examinar las infracciones cometidas en la sentencia recurrida», con el fin de determinar si quebranta la unidad de doctrina (STS 14 de octubre de 2010, rcud 3071/2009)⁴³².

Las exigencias legales relativas a la igualdad sustancial que ha de concurrir para que proceda el recurso de casación para unificación han terminado limitando la viabilidad de este tipo de recurso en aquellos litigios en los que la decisión judicial se sustenta sobre una valoración individualizada de circunstancias de hecho, dada la dificultad que supone encontrar términos homogéneos de comparación. Entre esos litigios están los relativos a la extinción del contrato de trabajo⁴³³ y, en particular, al despido disciplinario. Para la doctrina del TS, esta materia no es propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos

rcud 2275/2012, de 22 de julio de 2013, rcud 2987/2012, de 25 de julio de 2013, rcud 3301/2012, de 16 de septiembre de 2013, rcud 302/2012), de 15 de octubre de 2013, rcud 3012/2012, de 23 de diciembre de 2013, rcud 993/2013, de 29 de abril de 2014, rcud 609/2013, y de 17 de junio de 2014, rcud 2098/2013.

⁴²⁸ Por ejemplo, no hay contradicción cuando aun tratándose de trabajadores que presten servicios en una misma empresa, en virtud de una contrata que esta tiene con la Administración, que reclaman en todos los casos diferencias salariales, en un caso (sentencia recurrida) esas diferencias surgían del hecho de percibir un salario inferior al del convenio más una cantidad fija mensual impuesta por una cláusula del pliego de condiciones que regía el contrato de la empresa con la Administración; y en el otro las diferencias provenían de conceptos que no tenían naturaleza salarial (STS 218/2019, de 9 de abril, de 2019).

⁴²⁹ Téngase en cuenta que las diferencias fácticas que dan lugar a que no exista la similitud requerida pueden deberse a una diferente redacción de los hechos declarados probados, que impida apreciar la identidad esencial que exige la existencia de contradicción, como recuerda la STS 307/2019, de 10 de abril.

⁴³⁰ STS de 24 de junio de 2011, rcud 3460/2010. STS 448/2017, de 25 de mayo, rcud 2149/2015.

⁴³¹ STS de 23 septiembre 1992, rcud 1378/1991. A tal efecto, el escrito de preparación del recurso ha de exponer el núcleo básico de la contradicción y citar la sentencia o sentencias con las que tal contradicción se produce. El escrito de preparación deberá exponer el «núcleo básico de la contradicción», que la Sala ha definido como «la determinación del sentido y objeto de la divergencia entre las resoluciones comparadas». No basta con afirmaciones genéricas de que «estamos ante dos pretensiones sustancialmente idénticas, basadas en hechos sustancialmente iguales», STS de 9 de diciembre de 2010, rcud 3310/2009.

⁴³² Según esta sentencia si bien el elemento predominante y destacable en el recurso de casación para unificación de doctrina es la existencia de la contradicción, la unificación doctrinal que se persigue únicamente se logra a través del examen de la infracción alegada y cometida, reponiendo la situación a lo que sea conforme al ordenamiento jurídico. En este sentido, SSTS de 7 de octubre de 2008, rcud 538/07, de 6 de febrero de 2008, rcud 2206/06, de 7 de abril de 2009, rcud 37/08, y de 10 de noviembre de 2009, rcud 2745/08.

⁴³³ SEMPERE NAVARRO, A. V., «Artículo 219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», en VV. AA. (A. V. Sempere Navarro, coord.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, 2013, p. 1194.

casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables que, normalmente, no permite su generalización fuera de su ámbito específico⁴³⁴.

Esta doctrina se ha considerado perfectamente trasladable a los supuestos de extinción del contrato de trabajado por voluntad de trabajador ex artículo 50 ET; y a los despidos objetivo y colectivo, cuando el debate gire sobre las causas. En estos casos, resulta difícil admitir la contradicción entre las sentencias, al ser necesario también un análisis individualizado de las circunstancias que concurren en la empresa y el trabajador; aunque, en particular, a propósito de las causas de despido objetivo, el TS ha admitido que la contradicción en esta materia, pese a resultar particularmente compleja y escurridiza, no es imposible (Auto TS de 15 de septiembre de 2004, rcud 2799/2003). Será imprescindible, en todo caso, que no sean dispares los debates y las razones de decidir⁴³⁵.

Las dificultades de contradicción, que se plantean cuando lo que se discute en las resoluciones comparadas son las circunstancias particulares que determinan la concurrencia de las causas de extinción, se pueden extender a otros aspectos de los despidos, como ha sucedido cuando lo que se discute es el contenido de la comunicación de la decisión extintiva al trabajador, en tanto que en la misma se han de recoger las causas; o el valor liberatorio del finiquito que también parece condicionado por las circunstancias particulares de cada caso.

2. EN MATERIA DE DESPIDO DISCIPLINARIO

La Sala IV del TS se ha negado, en numerosas ocasiones, a entrar a resolver supuestos de despido disciplinario alegando que faltaba la necesaria identidad de hechos para poder apreciar contradicción. Ello se debe a que en los hechos (incumplimientos) que pueden motivar un despido disciplinario suelen concurrir singularidades distintas relacionadas con la actitud particular de cada trabajador respecto de la falta concreta, que precisan de una valoración individualizada que no permite establecer criterios generales de interpretación.

Para el TS las causas de despido que se enumeran en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, si bien constituyen un incumplimiento contractual, «no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de

⁴³⁴ SSTS de 30 de enero y de 18 de mayo de 1992, rcud 1232/1990 y rcud 2271/1991; y de 15 y 29 de enero de 1997, rcud 952/1996 y rcud 3461/1995.

⁴³⁵ STS 560/2019, de 10 julio, rcud 3875/2017.

culpabilidad y gravedad suficiente» para justificar una sanción de despido, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos⁴³⁶. Al contrario, comprobar si se han alcanzado esas cotas de culpabilidad y gravedad requiere el análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las que concurren en el autor⁴³⁷. Y lo normal es que esas circunstancias concurrentes varíen de un supuesto a otro⁴³⁸; incluso en casos de trabajadores que han prestado servicios para una misma empresa y que son despedidos el mismo día y por la misma causa (STS 17/2019, de 10 de enero, rcud 2334/2017).

Como recuerda la STS 699/2017, de 21 de septiembre, rcud 2397/2015, «es doctrina constante y reiterada de esta Sala la que sostiene que, dado que el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre infracción y sanción, aplicando un criterio individualizador en función de las singulares peculiaridades del caso, resulta imposible aceptar que la calificación de las conductas pueda ser materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales».

De esta forma se pone en evidencia no sólo la dificultad de construir en materia disciplinaria la identidad fáctica que exige la Ley para que se produzca la oposición de pronunciamientos, que abre la vía para la unificación de doctrina, sino también algo que afecta a la propia función de este recurso como instrumento de unificación jurisprudencial que, en ningún caso, puede operar «a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación» (STS 15 de enero de 2009, rcud 2302/2007)⁴³⁹.

⁴³⁶ STS de 2 de abril de 1992, rcud 1635/1991.

⁴³⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «La casación para unificación de doctrina y el requisito de la identidad de hechos comparados en los despidos disciplinarios», *RTySS-CEF*, núm. 435, 2019, p. 174.

⁴³⁸ STS de 19 de julio de 2010, rcud 2643/2009. Se habla de dificultad estadística y no de imposibilidad lógica de contradicción (STS de 20 de abril de 2005, rcud 6701/2003).

⁴³⁹ Esta doctrina se reitera en la STS 18/2019, de 10 de enero, rcud 2595/2017. Un comentario a la misma, en FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «La casación para unificación de doctrina y el requisito de la identidad de hechos comparados en los despidos disciplinarios», *RTySS-CEF*, núm. 435, 2019, pp. 170-177.

Lógicamente esta doctrina no impide que, si se da la necesaria identidad exigida en el artículo 219 LRJS, pueda apreciarse contradicción entre sentencias sobre despido disciplinario, aunque hasta el momento esto haya ocurrido de forma muy excepcional. Es el caso de la STS 674/2018, de 27 de junio, rcud 1293/2017, que admitió la contradicción entre dos sentencias que calificaban de manera diferente comportamientos, que el TS no dudó en considerar idénticos, determinantes de despidos disciplinarios decididos en iguales fechas y por causas semejantes. En efecto, según los relatos de hechos probados de las sentencias de instancia, el comportamiento de los trabajadores, que había motivado los despidos, era el mismo: prestar servicios para otra empresa (la misma en todos los casos), en el mismo servicio que venían desempeñando hasta ese momento para la empresa demandada (que también era la misma en las dos sentencias comparadas), durante la tramitación de un expediente de regulación de empleo, sin dejar de estar vinculados con esta. En todos los casos, los trabajadores habían recibido una carta de su empresa en la que se les comunicaba que hasta la terminación del expediente de regulación de empleo quedaban liberados de acudir a sus puestos de trabajo, y en la que se les recordaba que durante ese periodo no podían prestar servicios directa o indirectamente para una determinada entidad. En los dos asuntos, los trabajadores habían dejado de acudir a las oficinas de la empresa en el día en que habían sido convocados para ello. Y en ambos casos las sentencias de instancia habían desestimado las demandas por despido planteadas por los trabajadores. A la vista de la identidad de hechos probados, la STS 674/2018 admitió la contradicción dado que las respuestas de las sentencias de suplicación habían sido diferentes. Mientras la sentencia recurrida había desestimado el recurso al entender que la conducta del trabajador de no concurrir a la empresa cuando había sido convocado, no estaba amparada ni podía justificarse por la situación de la empresa, la sentencia de contraste admitió el recurso considerando razonable la actuación del trabajador⁴⁴⁰.

Un juicio positivo de contradicción alcanzó también la STS 683/2018, de 27 de junio, rcud 962/2017, al entender que concurría una completa identidad de hechos, fundamentos y pretensiones. En este asunto, como en el que dio lugar a la STS 674/2018, se trataba de trabajadores despedidos por transgresión de la buena fe contractual, en las mismas circunstancias y por la misma empresa. Recurridas en suplicación las sentencias de instancia que desestimaron sus demandas por despido, los recursos siguieron distinta suerte. Mientras

⁴⁴⁰ Otra cosa es que el TS desestimase el recurso por entender que en el mismo no se había desarrollado de forma expresa y clara la infracción atribuida a la sentencia recurrida; requisito que no puede entenderse cumplido con la mera identificación de las normas del ordenamiento o la doctrina jurisprudencial que el recurrente considera aplicables para resolver el tema de fondo, sin entrar a analizar también su contenido.

en la sentencia recurrida se desestimó el recurso, la de contraste lo estimó al entender a la vista de las circunstancias que el trabajador no había incurrido en una transgresión de la buena fe contractual.

Ahora bien, en el recurso que dio lugar a esta segunda sentencia del TS, la contradicción se apoyaba también en otro motivo que tenía que ver con que la Sala de suplicación, en la sentencia impugnada, había rechazado la modificación de hechos probados propuesta en el recurso, a diferencia de la sentencia de contraste que había acogido favorablemente una petición similar. Por ello, la STS 683/2018 aprovechó para recordar, de un lado, el criterio de la Sala IV de que no cabe plantear vía recurso de casación para unificación de doctrina la revisión de los hechos probados, salvo en los supuestos de revisiones fácticas rechazadas en suplicación porque el Tribunal Superior haya considerado que la revisión es intrascendente a efectos decisorios⁴⁴¹; y de otro, que, a efectos de comparación de los despidos disciplinario⁴⁴², ha de partirse «de los datos inquestionables sobre los que, con independencia de su incorporación expresa a los hechos probados, se constituye el sustrato sobre el que, sin género de dudas, se asienta la controversia litigiosa, con independencia de la valoración que, de esos mismos hechos, hagan las sentencias comparadas». De manera que es desde esa óptica desde la que «decidir cuál debe ser la calificación jurídica que merece la decisión extintiva de la empresa, adoptada como medida de carácter disciplinario», en un caso como el presente, en el que el rechazo de la incorporación de tales elementos fácticos por parte de la Sala de suplicación no se fundamentó en su falta de acreditación, sino en la valoración de su irrelevancia.

El requisito de contradicción se ha admitido también por el TS, STS 699/2017, de 21 de septiembre, rcud 2397/2015, cuando el aspecto sobre el que se mantienen doctrinas contradictorias, en las sentencias comparadas, no tiene que ver con la valoración de la gravedad de la conducta del trabajador en razón de las diferentes variables que pudieran concurrir en el caso, sino con el alcance del deber del trabajador incumplido o si se prefiere de las facultades del empresario de sancionar comportamientos que hayan tenido lugar fuera del horario y lugar de trabajo. En el recurso de casación para unificación de doctrina, que estima esta sentencia, la similitud fáctica no podía ser más precisa. Dos trabajadoras que prestaban sus servicios en sendos supermercados, (en un caso como cajera-reponedora; en el otro, como dependienta

⁴⁴¹ Entre otras, SSTS de 4 de marzo de 2013, rcud 928/2012, de 13 de mayo de 2013, rcud 1956/2012, de 17 de febrero de 2014, rcud 444/2013, de 12 de septiembre de 2014 rcud 1158/2013, y de 21 de enero de 2015, rcud 2958/2013.

⁴⁴² FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «La casación para unificación de doctrina y el requisito de la identidad de hechos comparados en los despidos disciplinarios», *RTySS-CEF*, núm. 435, 2019, pp. 175.

de panadería) que sustrajeron determinados productos de alimentación en otros supermercados de sus respectivas empresas. Sin embargo, mientras la sentencia recurrida razonaba que no cabía apreciar transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza si no se está desempeñando el trabajo; la sentencia de contraste consideró que la situación era análoga a la de realización de trabajos en situación de incapacidad temporal o a la de concurrencia o competencia desleal⁴⁴³.

El juicio positivo de contradicción ha sido igualmente posible cuando el objeto del litigio no era, de nuevo, la aplicación ponderada y proporcionada del despido disciplinario, ni la concurrencia de las causas, sino la amplitud de los poderes empresariales de control, la concreta acreditación del incumplimiento imputado en la carta de despido y, más en particular, si estaba en juego un derecho fundamental del trabajador⁴⁴⁴. En este sentido se pronunció la STS de 20 de abril de 2005, rcud 6701/2003, según la que la posición de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre la dificultad de llegar a un juicio positivo de contradicción en los pleitos sobre despidos disciplinarios no se extiende a todos los aspectos del enjuiciamiento de los mismos, sino solamente a los que afectan a la valoración de la concurrencia de las causas de despido procedente.

De acuerdo con esta doctrina, la dificultad en la casación unificadora de la apreciación de la igualdad sustancial de supuestos de despido no es la misma cuando una de las sentencias comparadas contiene una declaración judicial de despido nulo por infracción de derechos fundamentales y la otra entiende que se ha desbordado el ejercicio de tales derechos. Para el TS cuando uno de los términos de la comparación es una sentencia de despido nulo por infracción de derechos fundamentales, el objeto del juicio de contradicción no es, como ocurre en el supuesto de comparación de una sentencia de despido improcedente y otra de despido procedente, la aplicación ponderada y proporcionada del poder disciplinario del empresario, dependiente de circunstancias muy variables, sino la comprobación de si la conducta del trabajador está amparada o no por el

⁴⁴³ La STS 699/2017, de 21 de septiembre, rcud 2397/2015, finalmente estima el recurso de casación para unificación de doctrina planteado y reconoce que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina conforme a derecho. Según esta sentencia, el comportamiento de la trabajadora constituía una transgresión directa del deber de buena fe, que rige el cumplimiento del contrato de trabajo, y quiebra de la confianza de la empresa en quien había sido sorprendida en uno de sus establecimientos apoderándose de productos a la venta. En definitiva, al margen del mayor o menor perjuicio económico que suponga el valor de los objetos hurtados, lo más relevante es sin duda que una vez detectada esa conducta difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera-reponedora en otro de sus establecimientos.

⁴⁴⁴ Sobre el tema, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Recurso de casación para unificación de doctrina», en VV. AA., *Procedimiento Laboral. Memento práctico de Francis Lefebvre, 2017-2018*, Francis Lefebvre 2016, p. 1423.

ejercicio de un derecho fundamental. Y en tal valoración judicial sí existe una probabilidad mayor de sentencias contradictorias sobre litigios sustancialmente iguales, ya que el juez o tribunal parte de la base de que la conducta del trabajador es plenamente lícita y no incurre en incumplimiento alguno, en nítida oposición al presupuesto de incumplimiento más o menos grave o culpable en que se fundamentan las otras calificaciones del despido⁴⁴⁵.

Por ejemplo, la STS de 8 marzo 2011, rcud 1826/2010, no dudó en afirmar que concurría la contradicción exigida por la legislación procesal y por la doctrina de la Sala IV, que la interpreta, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. Tanto en el supuesto resuelto por la sentencia recurrida, como en el caso de la sentencia de contraste, se había procedido al despido por motivos disciplinarios como consecuencia del uso por parte de los trabajadores, para fines particulares, de los medios informáticos facilitados por las empresas, centrándose el debate en la posible existencia de una prueba obtenida ilícitamente al vulnerar el derecho a la intimidad de los trabajadores, y no constando en ninguno de los dos casos la existencia de reglas para el uso de dichos medios, ni la previa advertencia por parte de las empresas de medidas de control de aquellos. La disparidad de doctrinas era evidente; mientras la sentencia recurrida había estimado que se había violado el derecho a la intimidad del trabajador y ello conllevaba la ilicitud de la prueba, la sentencia de contraste había llegado a la solución contraria.

Más recientemente, respecto de la utilización por la empresa de cámaras de videovigilancia, la STS 77/2017, de 31 enero, rcud 3331/2015, entendió que existía contradicción doctrinal entre la sentencia recurrida y la de contraste. En ambos casos se trataba de trabajadores que habían sido despedidos por transgresión de la buena fe contractual, deslealtad y abuso de confianza por actos realizados en el manejo de la caja registradora. En ambos supuestos la empresa había captado esas acciones mediante el sistema de videovigilancia instalado, por lo que la cuestión controvertida en los dos procesos era la validez de la prueba de vídeo; en ninguno de los dos supuestos las empresas habían informado a sus empleados, adecuadamente, de la posibilidad de usarlas por motivos disciplinarios. Pero había una diferencia: mientras en la sentencia recurrida, la empresa había informado a sus empleados de la existencia, ubicación e instalación por motivos de seguridad de las grabaciones, sin especificar el destino que les podía dar a las mismas; en la sentencia de con-

⁴⁴⁵ Un comentario a esta sentencia en ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y SEMPERE NAVARRO, A. V., «Comparación de Sentencias sobre despido nulo en el RCUd», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 11/2005, BIB 2005\1183.

traste, los trabajadores no habían recibido información sobre la instalación de una cámara, que, no obstante, estaba ubicada a la vista de todos. El TS consideró que esa diferencia no desvirtuaba la necesaria identidad sustancial. Lo relevante era que en los dos casos existía una cámara que enfocaba a la caja registradora y su manipulación. Y apreció contradicción pues mientras la sentencia recurrida había considerado nula la prueba de vídeo porque la empresa recurrente no había advertido a sus empleados de la posibilidad de usar las imágenes en su contra por motivos disciplinarios, la sentencia de contraste había estimado que esa falta de información no anulaba la prueba porque la cámara estaba a la vista, enfocando la caja, lo que hacía que se conociese su instalación y utilidad por ser público y notorio su objetivo y finalidad. Se rechazó, también, que pudiera pensarse en diferencias, como la de presumir que la instalación de cámaras perseguía objetivos distintos al de la mera seguridad, cuando no existían datos que revelasen el uso para una finalidad diferente a la informada por la empresa. Por lo tanto, como en los dos casos la seguridad era el motivo de la instalación de las cámaras que enfocaban a la caja registradora y, en los dos los trabajadores conocían de su existencia, debía concluirse que las sentencias comparadas eran contradictorias por dar soluciones diferentes al mismo problema.

Significativa resulta, a propósito del control empresarial del correo electrónico del trabajador, la STS 119/2018, de 8 de febrero, rcud 1121/2015, que desestimó el recurso de casación para unificación de doctrina planteado por el trabajador contra una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que en suplicación había declarado procedente el despido por el que se accionaba, por entender que el trabajador había incurrido en transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, acreditados a partir del control que la empresa había hecho del correo electrónico del trabajador. La parte recurrente denunciaba, en primer lugar, que en las instancias judiciales se hubiera valorado, para estimar la adecuación de la medida disciplinaria impuesta, una prueba que consideraban ilícitamente obtenida. Y se proponía como contradictoria una sentencia que había calificado de vulneración de la intimidad el examen del contenido del ordenador. El TS niega la contradicción alegada por el trabajador en su recurso al entender que esta segunda sentencia contemplaba un supuesto que ninguna relación de sustancialidad guardaba con el de autos. Las conductas que se imputaban y sobre todo las circunstancias que concurrían, no eran las mismas. En la sentencia recurrida, el trabajador había aceptado de una entidad proveedora, a la que había realizado compras, dos transferencias bancarias. En la sentencia de contraste se trataba de una trabajadora a la que se le imputaba acceso a internet para cuestiones particulares.

En la sentencia recurrida existía una expresa prohibición de uso de ordenadores de la empresa para fines personales, se había aceptado por el trabajador el control empresarial de los medios informáticos y el hecho imputado se había acreditado por «hallazgo casual» de unas fotocopias; mientras que en el asunto que abordaba la sentencia de contraste, la trabajadora tenía pleno acceso a Internet, lo que –a juicio de la Sala– comportaba plena disposición para todo uso, incluido el personal, y no mediaba advertencia previa sobre el uso y control del ordenador; además, el hallazgo de la navegación por motivos particulares no había sido casual, sino producido en el curso de una actuación técnica por la existencia de virus informático, que no se limitó a su detección y reparación, sino que se extendió al examen –y copia– de todo el contenido del ordenador.

Sin embargo, esta misma sentencia admitió la contradicción alegada por la empresa⁴⁴⁶, que aportaba como término de comparación una sentencia del Tribunal Constitucional. Y lo hizo pese a la «innegable» diferencia que existía entre los supuestos contrastados, en tanto en el caso enjuiciado por el TC el examen informático se había llevado a cabo en presencia de Notario, y en el ahora debatido la actuación se realizaba incluso sin la presencia del trabajador. Para el TS, esa circunstancia no tiene trascendencia a los efectos de la contradicción, habida cuenta de que la utilización del ordenador en la empresa, aunque esté personalizada, queda dentro del ámbito de poder de vigilancia del empresario. Por ello, el ejercicio de las correspondientes facultades de control se ampara en el artículo 20 ET y no tiene las limitaciones que corresponden a la función de «policía privada» que consiente el artículo 18 ET, que es un régimen excepcional referido a la esfera privada del trabajador, de forma que aunque pueda resultar conveniente la presencia garantista de terceros –Notario, representante legal de los trabajadores, otro trabajador y el propio interesado–, sin embargo su ausencia en absoluto condiciona la validez del acto de control, a cuya prueba se le dará la fehaciencia que en su caso corresponda.

⁴⁴⁶ Con apoyo en jurisprudencia precedente la sentencia considera oportuno indicar que aunque se haya desestimado el recurso del trabajador y por tanto el pronunciamiento (procedencia del despido tal y como pedía la empresa) haya de permanecer incólume, lo cierto es que no cabe negar su legitimación para recurrir, puesto que aunque tradicionalmente se ha venido sosteniendo la doctrina del «gravamen» o vencimiento como presupuesto procesal para recurrir, afirmándose «que el vencido pueda siempre recurrir, si la Ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del juez o tribunal inferior» (así, STS SG de 21 de febrero de 2000, rcud 1872/99); no hay que olvidar que tal criterio fue en gran medida superado por la posterior doctrina de la Sala, al conectar la idea de «gravamen» con la más amplia de «interés» –directo o indirecto– derivado del pronunciamiento, consagrada expresamente en la literalidad del artículo 448.1 LECiv.

3. EN ASUNTOS RELATIVOS A LA EXTINCIÓN EX ARTÍCULO 50.1 ET

La doctrina y criterios mantenidos por el TS sobre las dificultades de un juicio de contradicción positivo, cuando la cuestión litigiosa es la calificación de los hechos determinantes del despido disciplinario, son perfectamente trasladables a los supuestos de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, que se recogen en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, por tratarse también de un tema eminentemente circunstancial y casuístico, lo que dificulta que se produzcan situaciones sustancialmente iguales. En todos los casos, la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (STS 11 de marzo de 1992, rcud 420/1991)⁴⁴⁷.

En concreto, la determinación de si el incumplimiento del empresario es grave o no, la especificación de si las modificaciones sufridas son o no sustanciales, y más aún si redundan o no en perjuicio de su dignidad⁴⁴⁸; o, incluso, la decisión de si el impago de haberes es trascendente a estos efectos, es algo absolutamente particular e individualizado, que no suele prestarse a generalizaciones o a la fijación de pautas válidas para diferentes supuestos. La adopción de cada solución concreta dependerá fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en ese caso específico concurren, por lo que tal solución difícilmente puede ser trasladable y extensible a otro parecido, pero no exactamente igual. Cualquier divergencia o disparidad en esas circunstancias, datos o elementos puede ser la razón esencial por la que se aprecie o rechace la gravedad del incumplimiento empresarial, la trascendencia del impago de haberes, la sustancialidad de la modificación; o por la que se concluya que afecta (o no) a la dignidad del empleado. Por todo ello, solo cabría hablar en estos casos de la necesaria identidad de hechos si aquellos datos y circunstancias son manifiestamente coincidentes, lo que difícilmente sucederá cuando las empresas realizan actividades distintas, cuando los cargos, categorías y funciones de los trabajadores no presentan ninguna clase de similitud, o cuando las condiciones de

⁴⁴⁷ SSTS de 19 de diciembre de 1991, rcud 404/1991, de 16 de junio de 1992, rcud 1312/1991, de 13 de julio de 1998, rcud 3688/1997, de 22 de enero y de 26 de junio de 2008, rcud 335/2007 y 2196/2007, y de 3 de noviembre de 2009, rcud 453/09) y autos, entre otros muchos, de 19 de diciembre de 2007, rcud 370/2007, y de 17 de julio de 2008, rcud 3595/2007, de 15 de abril de 2009, rcud 1648/08, de 27 de abril de 2010, rcud 3567/09, de 8 de febrero de 2011, rcud 1953/10, y de 24 de mayo de 2011, rcud 4407.

⁴⁴⁸ En este sentido, específicamente respecto de la primera de las causas de extinción del artículo 50.1.a) ET («las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador»), Auto de 30 abril 1996, rcud 273/1996.

trabajo de uno y otro supuesto, tanto anteriores como posteriores a las modificaciones alegadas, son claramente dispares (STS 7 mayo 1992, rcud 1031/1991).

La contradicción no es posible cuando los incumplimientos de los empresarios no son homogéneos, en concreto, cuando no existe identidad en los hechos que constan probados, por ejemplo, en relación con los retrasos/impagos en el abono de salarios, si son diferentes las secuencias de pagos y los salarios adeudados (STS 1039/2016 de 5 diciembre, rcud 3854/2014).

Pese estas dificultades, respecto de esta causa de extinción, ha habido algún supuesto en el que se ha llegado a un juicio positivo de contradicción, lo que ha permitido a la Sala IV TS entrar a conocer del fondo del asunto, para concluir que una interpretación conjunta de los apartados b) y c) del artículo 50.1 ET exige, para que prospere la causa resolutoria a instancia del trabajador basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial; y que a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex artículos 4.2.f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado) (STS de 25 de enero de 1999, rcud. 4275/1997).

No obstante, las circunstancias fácticas y el debate que llevaron a tal conclusión eran muy particulares, como más tarde reconocería el mismo TS, en la STS de 26 de junio de 2008, rcud 2196/2007, pues, en realidad, no se estaba valorando la gravedad del incumplimiento, que resultaba evidente, atendidos criterios temporales y cuantitativos, y se partía de la existencia de un incumplimiento por dificultades económicas, al constar acreditado que la empresa se encontraba en situación de «crisis económica»; lo que no sucedía en el recurso que desestimó la STS de 26 de junio de 2008 en el que se hacía preciso valorar la gravedad del incumplimiento del empresario.

4. CONTRADICCIÓN ENTRE RESOLUCIONES SOBRE DESPIDOS OBJETIVOS

Como se ha dicho ya, la unificación de doctrina es difícil cuando la contradicción que se invoca está vinculada a la apreciación de circunstancias fácticas, respecto de las que lo normal es que surjan discrepancias relevantes⁴⁴⁹,

⁴⁴⁹ STS 625/2017, de 13 julio, rcud 2516/2015.

lo que suele ocurrir también cuando el debate se centra en las causas de despido objetivo⁴⁵⁰. En ese caso, para que pueda apreciarse contradicción, será imprescindible que en las resoluciones que se comparan exista identidad en la causa que se ha invocado para despedir. De lo contrario, no podrá admitirse la contradicción, al ser distintos los requisitos que exigen cada una de las causas del despido objetivo del artículo 52 ET. No es lo mismo un despido por ineptitud sobrevenida, que por falta de adaptación al puesto (ATS de 2 de febrero de 2006, rcud 1608/2005). Esta disparidad en la concreta causa invocada es suficiente para impedir la identidad sustancial legalmente requerida para que concurra el presupuesto de contradicción.

Por el contrario, sí ha sido posible apreciar contradicción respecto de resoluciones que se pronunciaban sobre la misma la causa de despido objetivo, lo que ha permitido al TS precisar, en casación para unificación de doctrina, por ejemplo, los elementos básicos de las faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, que configuran la causa despido objetivo del artículo 52.d ET. De esta forma se ha podido establecer una doctrina general que defiende que los meses que se utilizan de referencia por la norma, computados de fecha a fecha (STS 9 de diciembre de 2010, rcud 842/2010), conforman el periodo global de cómputo de las inasistencias (STS 5 de octubre 2005, rcud 3648/2004); y de aclarar que cada uno de los meses que conforma ese periodo global debe integrar el espacio en el que deben haberse producido las ausencias, de manera que el porcentaje de ausencias previsto en la norma para un marco temporal de cuatro meses (25%) no puede imputarse en un periodo de tiempo inferior (por ejemplo, tres meses) (STS 85/2019, rcud 1113/2017)⁴⁵¹.

Ahora bien, lo anterior no supone que baste con que se trate de la misma causa para apreciar contradicción. También hay precedentes en los que se ha rechazado la contradicción entre sentencias que resolvían litigios sobre esta misma causa de despido objetivo (por faltas de asistencia) porque los trabajadores (en el supuesto de hecho de la sentencia recurrida y en el de la de contraste) desempeñaban trabajos diferentes, las ausencias se debían a enfermedades distintas y las limitaciones que esas enfermedades les ocasionaban...

⁴⁵⁰ Así lo recuerda la STS de 5 de noviembre de 2014, rcud 1651/2013 con cita de las SSTS de 24 de marzo de 1992, rcud 717/1991; de 28 de julio de 1992, rcud 791/1991; de 25 de octubre de 1999, rcud 1061/1999; de 7 de octubre de 2004, rcud 4523/2003; de 2 de diciembre de 2004, rcud 3999/2003, de 3 de diciembre de 2013, rcud 3049/2012, y de 16 de julio de 2014, rcud 2141/2013.

⁴⁵¹ Un comentario a esta sentencia en CASTRO ARGÜELLES, M. A., «El despido objetivo por bajas intermitentes en cuatro meses discontinuos: los meses se computan de fecha a fecha y se incluyen en el tiempo sujeto a comprobación», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2019, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.

naban no tenían la misma incidencia sobre las aptitudes de los trabajadores para el trabajo ⁴⁵².

Motivos similares (que se tratara de diferentes dolencias, de diferentes puestos de trabajo...) han llevado igualmente a rechazar la contradicción entre sentencias en las que lo que se discutía era la ineptitud sobrevenida del trabajador como causa de extinción del artículo 52.a) ET. En el supuesto de esta otra causa de extinción también ha pesado la concurrencia de otras circunstancias, como el distinto proceder del empresario, en la sentencia recurrida y en la de contraste (por ejemplo, tiempo transcurrido desde la concurrencia de la causa hasta la adopción de la decisión extintiva ⁴⁵³). En otros casos, la diferencia, que ha impedido apreciar la necesaria identidad fáctica, la ha marcado que en la sentencia recurrida el debate se centrara en si había un puesto disponible que permitiera el cambio del trabajador, cuando en la sentencia de comparación esta cuestión no se había planteado (ATS 11 de junio de 2019, rcud 3913/2018). En otros recursos, la contradicción entre las resoluciones que se comparaban no pudo apreciarse, a pesar de la concurrencia en ambos supuestos de hecho de circunstancias análogas, porque la decisión que adoptaban las respectivas salas dependía de la valoración que en cada caso se hacía del informe emitido por el correspondiente servicio de vigilancia de la salud (ATS 13 de diciembre de 2018, rcud 2114/2018) ⁴⁵⁴.

Ha resultado asimismo difícil admitir contradicción respecto de sentencias que abordaban la concurrencia de la causa del artículo 52.c) ET —«cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo»— ⁴⁵⁵, básicamente porque no es fácil apreciar identidad en los datos sobre la causa o factor desencadenante; sobre el ámbito de afectación; y/o sobre la conexión de la causa con la amortización de puestos de trabajo que se propone (razonabilidad de la medida ⁴⁵⁶).

⁴⁵² Por ejemplo, ATS de 14 junio 2012, rcud 4494/2011.

⁴⁵³ AATS 27 de septiembre de 2007, rcud 4254/2006 y de 3 de julio de 2007, rcud 1006/2006. Una cuestión que tiene que ver con la carga de la prueba de que concurre esta causa de extinción; aspecto sobre el que también ha resultado difícil admitir contradicción.

⁴⁵⁴ También ATS de 26 de febrero de 2019, rcud 1928/2018, sobre la suficiencia de la certificación de ineptitud sobrevenida emitida por el médico del servicio de prevención.

⁴⁵⁵ Otro tema será, como ocurría con el despido disciplinario, que la contradicción alcance a otros aspectos del despido objetivo como puedan ser las actuaciones concomitantes de la empresa en cuanto a empleo y actividad productiva que la empresa puede desplegar (STS de 15 de octubre de 2003, rcud 1205/2003) Lo que lógicamente no ha sido un problema si la sentencia recurrida y la de contraste han resuelto sobre la misma situación empresarial determinante de la extinción de los contratos de trabajo de los respectivos actores.

⁴⁵⁶ Como recuerda la STS 656/2018, de 20 de junio, rcud 168/2017, no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, sino que se debe limitar a excluir en todo caso, como carentes de «ra-

Las dificultades de contradicción eran aún mayores con anterioridad a la reforma de 2012, al requerirse una identidad también respecto de la conexión de funcionalidad o adecuación que debía existir entre la medida de amortización de puesto de trabajo y la recuperación de los resultados⁴⁵⁷. No obstante, como se sabe, este requisito legal que delimitaba el presupuesto de hecho de estas causas de despido objetivo ha sido suprimido y sustituido por unas reglas con las que se ha tratado de objetivar la apreciación de las causas. Con este cambio se ha pretendido, de un lado, aclarar cuando concurren las causas económicas («cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas») y, de otro, concretar una de esas posibles situaciones económicas negativas: la disminución persistentes de ingresos ordinarios o ventas (que se entiende concurrir si durante tres meses consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado el mismo trimestre del año anterior)⁴⁵⁸.

Por otra parte, como ha recordado el TS, de acuerdo con la dicción del artículo 52.c) ET, las causas empresariales que pueden ser alegadas en el despido objetivo son o bien «causas económicas» o bien «causas técnicas, organizativas o de producción», sin perjuicio de que en determinadas situaciones puedan concurrir varias de ellas a un tiempo⁴⁵⁹. La viabilidad de las causas

zonabilidad» y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (SSTS de 26 de marzo de 2014, rcud 158/13; y 666/2017, de 12 de septiembre de 2017, rcud 2562/15).

⁴⁵⁷ Es decir, que la extinción de los contratos contribuyera a superar situaciones económicas negativas (STS de 18 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10003). En el caso de las «causas técnicas, organizativas o de producción», la justificación de la decisión empresarial requería la acreditación de que el despido contribuyera a «superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa... a través de una mejor organización de los recursos» (Así, SSTS de 13 de febrero de 2002, rcud 1436/01; de 19 de marzo de 2002, rcud 1979/01; de 21 de julio de 2003, rcud 4454/02; de 31 de enero de 2008, rcud 1719/07; de 12 de diciembre de 2008, rcud 4555/07; y de 16 de septiembre de 2009, rcud 2027/08). El término genérico «dificultades», que el artículo 52.c) ET utilizaba para describir la coyuntura de la empresa afectada por las «causas técnicas, organizativas o de producción» justificativas del despido, era sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia, de manera que en el momento del despido tales problemas debían de ser objetivables y no meramente hipotéticos (entre otras, SSTS de 17 de mayo de 2005, rec. 2363/04; de 10 de mayo de 2006, rec. 705/05; de 31 de mayo de 2006, rcud 49/05; de 11 de octubre de 2006, rcud 3148/04; de 23 de enero de 2008, rcud 1575/07; y de 2 de marzo de 2009, rcud 1605/08). Por ello, resultaba más difícil aun que pudieran concurrir circunstancias equivalentes sobre las causas o factores desencadenantes del resultado negativo de explotación y sobre el nexo de adecuación entre la medida de ajuste de empleo adoptada y la corrección del rumbo en la deficiente marcha de la actividad empresarial en una determinada circunscripción geográfica.

⁴⁵⁸ Sobre el particular, J. Gil Plana, «Despido colectivo: aspectos sustantivos», en MONTROYA MELGAR, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 258 ss.

⁴⁵⁹ Por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 1996, rcud 3099/95; de 6 de abril de 2000, rcud 1270/99; de 13 de febrero de 2002, rcud 1436/01; y de 21 de julio de 2003, rcud 4454/02.

económicas exige otras condiciones o requisitos que las causas técnicas, organizativas o de producción⁴⁶⁰. Por ello, a la hora de apreciar la identidad necesaria para que se dé el presupuesto de contradicción, no es lo mismo que se hayan alegado solo causas económicas a que se hayan invocado también causas organizativas y productivas⁴⁶¹; o que se utilice una causa productiva sin alegar pérdidas empresariales o crisis económica. Incluso habiendo identidad de causas puede diferir la situación empresarial que las origina. En este sentido, no es lo mismo que las causas económicas y organizativas que se invocan deriven de un descenso brusco de la demanda de servicios, a que respondan a un exceso de plantilla prolongado en el tiempo, al que se pretende poner remedio⁴⁶².

De otro lado, como ha advertido el TS en alguna ocasión, la causa económica que puede justificar un despido objetivo no obedece a una mera lógica matemática o abstracta. El tamaño de la empresa, el sector de actividad al que se dedica, el volumen de facturación, el tipo de función o puesto de trabajo que corresponde a la persona despedida, son circunstancias con incidencia, que dificultan sin duda que pueda darse la identidad fáctica que exige el artículo 219.1 LRJS⁴⁶³. En definitiva, aunque la situación económica examinada sea la misma si los hechos concurrentes, sobre los que se pronuncian las resoluciones que se comparan, son diversos no habrá contradicción por más que la doctrina en que se apoyan las sentencias parezca opuesta⁴⁶⁴. Alguna incidencia ha tenido también, para rechazar la necesaria igualdad sustancial, en supuestos de causas organizativas puras o asociadas a las económicas, que los despedi-

⁴⁶⁰ STS de 6 de abril de 2000, rcud 1270/1999.

⁴⁶¹ STS de 5 de noviembre de 2014, rcud 1 651/2013.

⁴⁶² STS de 14 de junio de 1996, rcud 3099/1995.

⁴⁶³ Como sucedió en la STS 368/2018, de 4 abril, rcud 2712/2016, que terminó concluyendo que las sentencias comparadas no eran contradictorias, además de porque las circunstancias de hecho diferían, porque la sentencia de contraste resolvía a partir de unos hechos que consideraba acreditados tras practicarse prueba, lo que no había ocurrido en la sentencia recurrida. En concreto, la sentencia de contraste había considerado acreditadas la causa del despido (situación económica negativa basada en una disminución persistente del nivel de ingresos y en otras razones), mientras que la recurrida negaba que la empresa hubiera desplegado actividad probatoria suficientemente concluyente sobre la situación económica negativa, lo que le llevó a rechazar que concurriera la falta.

⁴⁶⁴ Por ejemplo, cuando lo discutido era si la existencia de pérdidas es causa suficiente para la extinción del contrato, se han considerado diferencias sustanciales a estos efectos que la sentencia recurrida partiera de la acreditación del número de horas extras que se habían computado en el centro, desglosadas por meses y ese dato estuviera ausente en la resolución de contraste; o que se acreditase que tres empleados del centro venían percibiendo ciertas cantidades en efectivo y fuera de nómina, lo que no aparecía en la de contraste; o que, en un caso, durante el plazo temporal cuyos resultados económicos se examinaban, la empresa hubiera recurrido a contratos de puesta a disposición y a la suscripción de contratos mercantiles de prestación de servicios y en el otro no (STS de 5 noviembre 2014, rcud 1651/2013).

dos prestasen servicios en centros de trabajo diversos y que desempeñasen tareas heterogéneas⁴⁶⁵.

Por el contrario el TS no ha dudado en apreciar la igualdad sustancial, que requiere la interpretación jurisprudencial del requisito de contradicción necesario para admitir el recurso de casación para unificación de doctrina⁴⁶⁶, cuando el supuesto que se planteaba en las resoluciones comparadas era el mismo: exceso –pretendido o real– de plantilla por finalización de la actividad contratada en la que el trabajador prestaba sus servicios y extinción de su contrato por causas organizativas; pero la respuesta dada por una y otra resolución –recurrida y de contraste– había sido opuesta (STS de 16 de mayo de 2011, rcud 2727/2010)

Como se ha dicho ya, también ha planteado dificultades apreciar la contradicción entre resoluciones sobre las causas del artículo 52.c) ET cuando el debate se ha centrado en la valoración de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva (adecuación entre la causa que se invoca y la medida que se adopta)⁴⁶⁷, salvo en aquellos casos en los que la sentencia de contraste se refería a la misma causa de despido aplicada a otro trabajador de la misma empresa. Esto es lo que ocurría en la STS 841/2018, de 18 septiembre, rcud 3451/2016, en la que lo que se discutía era si la medida empresarial de despido por causa organizativa era razonable en términos de gestión empresarial, cuando la citada causa tenía su origen en actos unilaterales del empresario de vender parte de la infraestructura productiva sin que se alegaran causas externas que lo motivase. De hecho la actuación empresarial condujo a la calificación del despido como improcedente. En este caso, no resultó ningún obstáculo para aceptar la necesaria identidad que la sentencia recurrida no aceptase la pretensión empresarial de incorporar como dato fáctico que poco después del despido se hubiera iniciado un procedimiento de inaplicación del convenio colectivo basado en causas económicas; a diferencia de lo decidido en la sentencia de contraste, en la que sí se recogió esa circunstancia, aceptando lo solicitado por la empresa en el recurso de suplicación. El TS entendió que una disparidad surgida por tal motivo no quebraba la necesaria igualdad entre los hechos relevantes de las sentencias comparadas, primero, porque las revisiones fácticas rechazadas en suplicación únicamente porque el Tribunal Superior considera que son intrascendentes a efectos decisorios, pueden ser tenidas en cuenta por esta Sala cuando se considere que tienen la trascenden-

⁴⁶⁵ STS de 5 de noviembre de 2014, rcud 1 651/2013.

⁴⁶⁶ SSTs de 17 de enero de 2011, rcud 4468/09; de 31 de enero de 2011, rcud 855/09; y de 8 de febrero de 2011, rcud 2179/10.

⁴⁶⁷ STS 343/2016 de 27 abril, rcud 3173/2014.

cia que en suplicación se les deniega; y segundo, porque tanto la referencia a la iniciativa de inaplicación del convenio, como a las posteriores suspensiones y extinciones, no eran datos relevantes para que la sentencia referencial sentase su doctrina.

Las dificultades que ha encontrado el TS para apreciar contradicción entre sentencias que versan sobre el despido objetivo por las causas del artículo 51 ET, no le han impedido concretar dichas causas y el resto de elementos que configuran el presupuesto de hecho. Así, según la STS de 14 de junio de 1996, rcud 3099/1995, causas técnicas son las que están referidas a los medios de producción con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos; las causas organizativas, se encuadran en el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas; y las causas productivas son las que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado, y corresponden a esa esfera de los servicios o productos de la empresa; finalmente las causas económicas, se concretan en el resultado de la explotación, que conforme al texto legal siempre ha de ser negativo; exigencia que no se establece en relación con las otras causas, que por ello están desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables, «aunque es incuestionable que en último término todas estas medidas distintas a las causas económicas, con una proyección inmediata o más de futuro, tienen un fuerte componente de ese carácter económico tratándose de empresas con estos fines, ya que constituye la razón de existencia de esas empresas».

5. CONTRADICCIÓN EN MATERIA DE DESPIDO COLECTIVO

Las dificultades que plantea la concurrencia de contradicción en el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del artículo 52.c) ET se van a dar también respecto de estas mismas causas cuando tienen un alcance colectivo. En el caso de los despidos colectivos, cuando lo que se discute es la concurrencia y adecuación de la causa justificativa, la contradicción dependerá nuevamente de la apreciación de circunstancias fácticas. En estos casos, para poder concluir sobre la necesaria identidad fáctica, será necesario contrastar, en las sentencias que se comparan, la causa o factor desencadenante, el ámbito de afectación y la razonabilidad de la medida; sin olvi-

dar las circunstancias que concurren en los trabajadores afectados y en la empresa (por ejemplo, que se trate de una Administración pública⁴⁶⁸).

Por otra parte, el presupuesto de hecho del artículo 51 ET no depende únicamente de la concurrencia de las causas (económicas, técnicas, organizativas y de producción), influyen también otros factores, como es el número de trabajadores despedidos en el periodo de referencia que establece el precepto. Por ello, tan relevante para apreciar contradicción en materia de despido colectivo será que en los litigios que resuelven las sentencias comparadas la decisión empresarial se apoye en el mismo tipo de causas, como que la extinción afecte a un elevado número de trabajadores que supere los umbrales del despido colectivo. Precisamente por ello, la definición legal del despido colectivo del artículo 51.1 ET se ha completado con una previsión que, para el cómputo del número de extinciones que determinan el despido colectivo, permite tener en cuenta otras extinciones decididas por la empresa, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador y distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) ET. Pues bien, el TS no ha considerado relevante a efectos de apreciar contradicción que las concretas causas de extinción invocadas en las sentencias comparadas para llevar a cabo estas otras «extinciones» no sean las mismas. Así lo entendió la STS 326/2019, de 25 de abril, rcud 2827/2017, según la que, el que las concretas causas de extinción que puedan afectar a esos otros trabajadores no coincidan, o que el mecanismo utilizado por la empresa para eludir la vía de despido colectivo no haya sido el mismo (un acuerdo de fin de huelga del que penden diversos despidos, y en el asunto de contraste la resolución de numerosos contratos de trabajo formalizados en fraude de ley como temporales)⁴⁶⁹, no impide que se pueda apreciar contradicción.

A las dificultades en la apreciación de contradicción, respecto de estas últimas causas de extinción, han contribuido también los cambios normativos a los que se ha visto sometida la materia. El hecho de que no sea la misma la normativa aplicada en las sentencias enfrentadas impide contrastar los casos⁴⁷⁰, o hace que las resoluciones partan de consideraciones diferentes sobre

⁴⁶⁸ *Sensu contrario* de lo que establece la STS 699/2018, de 2 de julio, rcud 2250/2016. Sin embargo, en modo alguno puede entenderse que constituya elemento diferenciador el hecho de que sean distintas las empresas que, en uno y otro caso, iniciaron los respectivos expedientes de regulación de empleo, puesto que tanto las entidades públicas como las empresas privadas pueden utilizar la modalidad de despido colectivo regulada en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁶⁹ Sobre esta cuestión, sentencias de esta Sala de 10 de mayo de 2017, rcud 1246, 1623 y 3853 de 2016, así como, STS de 18 de octubre de 2018, rcud 3594/2016, STS 312/2019, de 11 de abril, rcud 1200/2017.

⁴⁷⁰ SSTS de 29 septiembre 2003, rcud 4126/2002, y de 10 diciembre 2004, rcud 5252/2003, y STS de 5 de noviembre de 2014, rcud 1651/2013.

las que por otra parte no procede entrar a valorar en el examen sobre la necesaria contradicción⁴⁷¹. Se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción⁴⁷². Ello es así, porque la interpretación de las normas, y en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo; elementos, todos ellos, de muy difícil coincidencia en dos normas distintas⁴⁷³. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado⁴⁷⁴.

La aplicación de esta doctrina ha impedido comparar lo dicho respecto de extinciones por causas económicas anteriores o posteriores a la redacción del ET derivada de RDL 8/1997 (SSTS de 29 de septiembre de 2003, rcud 4126/2002, y de 10 de diciembre de 2004, rcud 5252/2003); y respecto de extinciones por causas económicas anteriores y posteriores a la reforma del artículo 51 ET, llevada a cabo por la Ley 35/2010 (STS de 5 de noviembre de 2014, rcud 1651/2013).

Como se ha dicho respecto de otras causas de extinción, la dificultad que puede plantear la contradicción cuando las sentencias comparadas han entrado a la valoración de las causas, no impide que pueda apreciarse cuando afecte a otros problemas jurídicos distintos de la concurrencia del supuesto de hecho del artículo 51 ET, como lo fue en su día la posibilidad de reclamar en concepto de daños y perjuicios el importe de los salarios no percibidos durante el

⁴⁷¹ Por ejemplo, la STS de 21 de junio de 2016, rcud 2819/2014, desestimó el recurso de casación para unificación de doctrina planteado porque las resoluciones comparadas habían efectuado una diversa valoración respecto de diferentes datos económicos afectantes a empresas que también presentaban diversidad de parámetros, tanto en su plantilla, como en el volumen de negocio y en la respectiva situación en el mercado.

⁴⁷² En efecto, según ha dejado sentando el TS (STS de 19 de septiembre de 2017, rcud 1223/15) como regla general.

⁴⁷³ STS de 25 de octubre de 2013, rcud 3309/2012, según la que «estos elementos son de muy difícil coincidencia en dos normas distintas, por lo que hay que concluir en principio que no cabe apreciar la contradicción en las sentencias que resuelven sobre pretensiones fundadas en normas distintas y solo excepcionalmente podrá aceptarse la contradicción cuando quede justificada la identidad de las regulaciones con el alcance precisado, es decir, no solo consideradas en su redacción, sino también en el marco de los elementos relevantes de interpretación, siempre que ello sea necesario».

⁴⁷⁴ En este sentido, SSTS de 25 de octubre de 2013, rcud 3309/2012, de 25 de octubre de 2013, rcud 198/2013, de 12 de diciembre de 2013, rcud 167/2013, y de 17 de junio de 2014, rcud 2098/2013.

tiempo de extinción o suspensión autorizada de los contratos de trabajo en virtud de Expediente de Regulación de Empleo que, más tarde, sería anulado por decisión de la Autoridad Judicial en el marco de la jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴⁷⁵.

La doble vía de impugnación individual y colectiva que se abre en caso de despido colectivo ha planteado otros problemas jurídicos que han llegado al TS en casación para unificación de doctrina, como el de si es posible entrar a discutir la concurrencia de las causas justificativas del despido en el proceso de impugnación individual del artículo 214.13 LRJS cuando ha habido acuerdo entre las partes sobre la concurrencia de la causa y el mismo no ha sido impugnado por los legitimados para activar el proceso colectivo. Para la STS 699/2018, de 2 julio, rcud 2250/2016, resultó suficiente para apreciar contradicción que, en ambos casos, se tratase de un despido colectivo que hubiese terminado con acuerdo y que este no hubiera sido impugnado por los sujetos colectivos legitimados a tal efecto, al margen de otras circunstancias concurrentes.

Habrà que estar también al entrecruzamiento que en ocasiones se produce entre el juicio de contradicción y la fuerza de cosa juzgada que ejercen sobre los pertinentes litigios individuales las sentencias dictadas en determinados procesos de dimensión colectiva⁴⁷⁶, pues, sobre el particular, es doctrina

⁴⁷⁵ La STS de 31 de mayo de 2006, rcud 4702/2004, admitió la contradicción, en una reclamación de daños y perjuicios causados a los trabajadores del Hospital Provincial recurrente en razón al Expediente de Regulación de Empleo que autorizó la extinción de sus respectivos contratos de trabajo con apoyo en lo previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. La reclamación se basaba, esencialmente, en la revocación llevada a efecto por la competente Sala de lo Contencioso-Administrativo de la autorización extintiva decretada por la Autoridad Laboral. La sentencia de contraste resolvía, también, sobre un problema de responsabilidad contractual, ex artículo 1101 del Código Civil. Pese a las diferencias existentes entre los hechos considerados en una y otra sentencia en comparación –en el caso de la recurrida se trataba de una extinción colectiva (artículo 51 del ET) del contrato de trabajo, en tanto que en la sentencia de contraste se contemplaba una mera suspensión (art. 47 del ET)– y, asimismo, en la normativa que sirve de fundamento a las respectivas resoluciones judiciales –en la sentencia de contraste el RD 43/1996 y en la impugnada el RD 696/1980– sin embargo, el TS entiende que en ambas resoluciones judiciales se enjuicia y resuelve, con marcado signo contradictorio, un mismo problema jurídico que no es otro que el referido a la posibilidad de reclamar en concepto de daños y perjuicios el importe de los salarios no percibidos durante el tiempo de extinción o suspensión autorizada de los contratos de trabajo en virtud de Expediente de Regulación de Empleo que, más tarde, es anulado por decisión de la Autoridad Judicial en el marco de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Para esta sentencia, las diferencias apuntadas entre ambas sentencias en comparación no resultan sustanciales por cuanto, en lo que hace a la normativa que se aplica en cada una de ellas, es lo cierto que el RD 43/1996 vino a sustituir al RD 696/1980, siendo ambos disposiciones reglamentarias que, como tales, pueden introducir aclaraciones o desarrollos, pero no alteraciones de la norma legal del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores sobre indemnización en materia de despidos colectivos.

⁴⁷⁶ En lo que se refiere al específico proceso de despido colectivo, en los supuestos en los que ha sido impugnado judicialmente, el artículo 124.13 letra b) LRJS establece que «la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el ob-

de la Sala IV del TS la que sienta el criterio de que en aquellas situaciones jurídicas en las que una sentencia firme, que pone fin a un proceso de dimensión colectiva, despliega efectos de cosa juzgada sobre la pretensión que es objeto del litigio individual, deben apreciarse de oficio tales efectos sin que sea necesario analizar la concurrencia de los requisitos legales que configuran la contradicción a los efectos de acceso al recurso de casación para unificación de doctrina. Esa misma solución debe aplicarse igualmente cuando el efecto de cosa juzgada trae causa de un procedimiento colectivo impugnado judicialmente conforme al artículo 124 LRJS⁴⁷⁷, puesto que, una vez firme, la sentencia que en el mismo se dicte despliega asimismo eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales que se encuentren en tramitación, en idénticos términos a los contemplados en el artículo 160.5 LRJS. Así lo ha mantenido la STS 907/2018, de 16 de octubre, rcud 2117/2017, sobre la aplicación de los efectos vinculantes de la sentencia que conoce de un despido colectivo en el que una de las pretensiones principales en las que había sustentado la demanda de despido colectivo la representación de los trabajadores se refería a la existencia de cesión ilegal⁴⁷⁸.

jeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores».

⁴⁷⁷ De esta forma se rectifica el criterio inicial restrictivo y expresivo de que la apreciación de oficio de la cosa juzgada no era posible en el rcud (STS de 18 de julio de 2017

⁴⁷⁸ No obstante sobre la posibilidad de encauzar la pretensión de declaración de cesión ilegal a través de la modalidad de despido colectivo, la STS 907/2018, de 16 de octubre de 2018, rcud 2117/2017, invoca STS de 4 de octubre de 2016, rec 232/2015, que negó esa posibilidad con base en la STS de 12 de junio de 2007, rec 5234/2004 según la que «la materia de la cesión no es por lo general susceptible de dar lugar a un conflicto colectivo y ello en la medida en que en ella no se trata de establecer propiamente la forma cómo ha de ser aplicada una norma desde la perspectiva de un supuesto fáctico uniforme que cubre a un grupo homogéneo de trabajadores en la misma situación. Las controversias sobre cesión entran normalmente dentro de lo que la Sala ha considerado como litigios sobre el establecimiento o valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas que en cada caso se realiza la prestación de trabajo y el ejercicio de los poderes empresariales» (SSTS de 20 de julio de 2007, rec 76/2006). Como dijera la STS de 7 de diciembre de 2005, rec 73/2004, «la presencia de valoraciones individuales elimina la concurrencia de interés general que califica el conflicto colectivo e impide darle el tratamiento procesal establecido en el artículo 151 de la LPL, cual ocurre con carácter general cuando se ejercitan demandas que aun afectando a un grupo numeroso de trabajadores inciden sobre derechos individuales de forma directa... en supuestos en los que cada uno de los interesados o diversos grupos entre ellos, pueda tener argumentos propios para defender su concreto derecho ante un Tribunal. En estos casos la solución de su problema en un conflicto colectivo... podría atentar a su propio derecho a la tutela judicial». No obstante, finalmente la STS 907/2018 llega a la conclusión de que con esta doctrina no se zanja tajantemente la posibilidad de que el conflicto colectivo sea cauce adecuado para la obtención de un pronunciamiento declarativo sobre la existencia de cesión ilegal respecto de un grupo genérico de trabajadores de una determinada empresa, simplemente se mantiene que «de ordinario no será posible ese pronunciamiento con carácter general y abstracto, en atención a las dificultades en la valoración de trabajadores de una misma empresa en la forma de llevar a cabo la prestación de servicios en su relación con terceras empresas, que puede obstar una pretensión declarativa y colectiva de tal naturaleza. Lo que no tiene que impedir un procedimiento de tal clase en el marco de un proceso colectivo, cuando la situación se produzca exactamente por igual a todos los trabajadores de la empresa afectados, sin la menor distinción de sus circunstancias

Para el TS debe prevalecer la garantía de seguridad jurídica que obliga a la aplicación a los pleitos individuales de lo resuelto sobre el mismo particular en las sentencias firmes de alcance colectivo, cuando el contenido de la pretensión ejercitada en ambos procesos es del todo coincidente (STS 883/2018, de 2 de octubre, para sentencia de despido colectivo). Por lo tanto, en estos casos, el estricto análisis de la concurrencia de contradicción debe ceder ante la preferencia que debe concederse al efecto de cosa juzgada que la sentencia de despido colectivo despliega sobre los procesos con el mismo objeto⁴⁷⁹.

6. LAS DIFICULTADES DE CONTRADICCIÓN RESPECTO DEL CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN DE LA EXTINCIÓN

La disparidad fáctica que, como se ha visto, impide en muchas ocasiones la admisión del recurso respecto de sentencias dictadas en suplicación, en materia de despidos, se va a proyectar sobre el cumplimiento del contenido que ha de tener la comunicación que debe hacer el empresario de su decisión extintiva⁴⁸⁰.

En relación con esta cuestión la Sala IV TS ha declarado la dificultad que plantea la concurrencia del requisito de la contradicción. Así lo reiteraba la STS de 9 de diciembre de 1998 (rcud 590/97) cuando invocaba la STS de 28 de abril de 1997 (rcud 1076/1996), referida a una comunicación escrita en la que se notificaba un despido disciplinario. Según esta doctrina, «es desde luego difícil establecer la contradicción en cuanto al cumplimiento del contenido mínimo de la carta de despido, porque, como señala el Auto de 18 de junio de 1993, la determinación de este contenido afecta normalmente a cuestiones de carácter absolutamente particular e individualizado, en las que es casi imposible establecer generalizaciones o pautas válidas para diferentes supuestos, ya que la adopción de cada solución concreta depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en ese caso concreto concurren». Ahora bien, «ello no significa que en esta materia sea imposible establecer la necesaria identidad a efectos de contradicción, como se advierte en algún pronunciamiento de la Sala en los que sí se ha apreciado la existencia de contradicción».

individuales y en términos de una relación absolutamente idéntica con la tercera empresa respecto a la que se denuncia la cesión ilegal».

⁴⁷⁹ STS de 8 de febrero de 2018, rcud 426/2016, STS de 15 de junio de 2015, rcud 608/2014, STS de 16 de junio de 2015, rcud 609/2014, STS de 17 de junio de 2015, rcud 601/2014, de 28 de noviembre de 2017, rcud 428/2016.

⁴⁸⁰ La STS de 20 de octubre de 2005, rcud 4153/2004.

En todo caso, lo decisivo a tal efecto será cómo se hayan consignado (de manera suficiente o no) los hechos que motivan el despido, aunque no sean exactamente iguales las circunstancias imputadas en cada procedimiento al trabajador despedido.

Por lo tanto, la identidad necesaria para un juicio positivo de contradicción no es la identidad absoluta, sino la sustancial, lo que determina que, por ejemplo, en los casos de despidos disciplinarios, pueda apreciarse la contradicción alegada, aunque las concretas causas de despido que se invocan en la carta no sean completamente coincidentes. Lo relevante será si en ambos casos las cartas se limitan a utilizar las expresiones genéricas del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de un problema estrictamente formal sobre el grado de determinación de la carta de despido que no tiene que ver ni con la concreta causa alegada ni con si los hechos han resultado o no probados. No se trata de una decisión sobre la existencia y la gravedad de estos hechos, sino sobre su constancia formal en la carta de despido.

La valoración de si la carta de despido cumple el requisito de consignación de manera suficiente de los «hechos que lo motivan» es una calificación jurídica que debe tener en cuenta una gran variedad de circunstancias concretas (tipo de imputación, posición del trabajador despedido en la organización de trabajo, posibilidad en el momento de concreción de unos u otros aspectos de la conducta reprochada, etc.), lo que supone conceder un amplio margen a la apreciación del Juez de lo Social que conoce del asunto en la instancia. No obstante, según el TS, este margen razonable de decisión no impide al Tribunal de suplicación la revisión de dicha valoración si ésta se ha apartado manifiestamente del criterio de suficiencia marcado por la doctrina jurisprudencial (STS de 22 de febrero de 1993, reud 818/1992). Y en este punto sí puede plantearse la contradicción, lo que ha permitido al TS concluir en casación para unificación de doctrina que la doctrina correcta sobre el particular es la que no exige exhaustividad en la consignación de las conductas imputadas sino sólo indicación clara y concreta de las mismas, de suerte que el trabajador pueda identificarlas para la articulación de su defensa jurisdiccional.

Estas dificultades para apreciar contradicción a propósito del contenido de la carta de despido, y más en concreto sobre la exigencia de la expresión de la causa, que se dan respecto del despido disciplinario, pueden darse también en el caso de las extinciones de contrato por causas objetivas. En estos supuestos el contenido de la comunicación escrita al trabajador inevitablemente depende de la causa particular que se invoca y de la concreta redacción que se da a la comunicación escrita. No puede haber contradicción si la redacción de cada una de las cartas es distinta y son diferentes también las causas alegadas

(STS de 16 de febrero de 2016, rcud 3593/2014). Tampoco si, por ejemplo, la sentencia recurrida alega insuficiencia de la carta de despido por no incorporar los resultados correspondientes a un determinado ejercicio, y en la sentencia referencial no se cuestiona el contenido de la carta⁴⁸¹. Menos aun si se compara la comunicación de un despido objetivo, que se limita a una referencia genérica a la causa, con la carta de un despido colectivo que remite al acuerdo de finalización del ERE (inexistencia de contradicción en la STS 699/2018, de 2 julio, rcud 2250/2016)

La suficiencia de comunicación de extinción del contrato ha sido, precisamente, lo que se discute en la STS 80/2019, de 31 de enero, rcud 1243/2017, en un supuesto de extinción de una relación laboral penitenciaria por incumplimiento de los deberes laborales básicos del trabajador⁴⁸². Se trata de un supuesto cercano a lo que se denomina despido disciplinario en el ámbito de la relación laboral ordinaria, pero que en el caso de esta relación laboral especial no tiene asignada tal denominación, ni lleva aparejado el mismo procedimiento para la adopción de la decisión empresarial, ni tampoco comporta una calificación jurídica y efectos como los del despido disciplinario del ET⁴⁸³.

En este supuesto, la sentencia recurrida declaraba que, si bien no es exigible un detalle pormenorizado y exhaustivo de los hechos tomados en cuenta para adoptar la decisión, la comunicación debía hacer referencia a las conductas que constituye la causa. Por el contrario la sentencia de contraste consideraba que basta la sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho, sirviendo al efecto la comunicación hecha en aquel caso, la cual señalaba que se imputaba al trabajador «no cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo con arreglo a las reglas de la buena fe, diligencia y disciplina». La sentencia coincide con la solución alcanzada en la sentencia recurrida al considerar que a falta de regulación específica sobre la cuestión, y al no ser de aplicación las reglas del despido disciplinario del ET, ha de acudir a lo dispuesto en la LRJPAC, cuyo artículo 54.1.a) exige la motivación de los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. Dicha motivación implica, según el mismo precepto, la «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho».

⁴⁸¹ STS 343/2016 de 27 abril, rcud 3173/2014.

⁴⁸² Téngase en cuenta que, como recuerda la sentencia, la relación de los penados en talleres penitenciarios se rige por el RD 782/2001, cuyo artículo 1.4 dispone que «las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto de refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (...) solo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo»; y que en materia de extinción del contrato no se hace remisión alguna a la legislación laboral.

⁴⁸³ STS de 11 de diciembre de 2012, rcud 3532/2011.

7. EXTINCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES

La extinción de contratos temporales es otra materia respecto de la que ha resultado difícil que concurra la necesaria identidad de hechos que se precisa para apreciar contradicción. Por ejemplo, las distintas circunstancias fácticas que pueden concurrir en dos supuestos aparentemente similares, como puede ser la extinción de contratos como consecuencia del fin de una concesión, impedirán la admisión de contradicción. Así será si entre los datos fácticos se recogen las diferentes condiciones establecidas en las bases del concurso público de la concesión, consignadas en el contrato, especialmente si en un caso se estipula la obligación de subrogación empresarial y en otro no figura ni consta ningún dato en tal sentido⁴⁸⁴.

Ha sido suficiente para negar la contradicción en un litigio sobre extinción de un contrato de obra, por aplicación de una cláusula de temporalidad que hacía depender la duración del mismo de la finalización de la contrata que unía a la empleadora con la entidad contratista, que en la sentencia recurrida dicha cláusula estuviera suficientemente delimitada en el contrato mientras que en la sentencia de contraste se hubiera formulado en términos muy generales. A ello se unía además una actividad empresarial mucho más amplia, no vinculada en la práctica a un proyecto concreto y delimitado, en uno de los asuntos, a diferencia de lo que sucedía en el otro (STS de 22 de diciembre de 2014, rcud 1452/2013).

También se han considerado diferencias importantes que han impedido apreciar la contradicción, en supuestos de extinción del contrato de interinidad, que la plaza ocupada interinamente estuviera en un caso vinculada a una oferta de empleo público y en el otro no; y/o que los pronunciamientos fueran dispares en la fundamentación jurídica invocada (STS 386/2019 de 22 mayo, rcud 694/2018).

Por más que la cuestión debatida sean los derechos económicos de los trabajadores en supuestos de extinción de contratos temporales, no es lo mismo que el contrato extinguido sea un contrato de interinidad por vacante, a que se trate de un contrato de obra y servicio determinado en el que se han incumplido los requisitos exigidos por el RD 2720/1998 para la celebración de este tipo de contratos, al no haberse identificado, con precisión y claridad, la obra o servicio contratado, ni acreditado que su objeto tuviera autonomía y sustantividad propia. Tampoco es irrelevante que en un caso el recurrente hubiera seguido trabajando en virtud de una nueva contratación a que no sea así, pues

⁴⁸⁴ STS 19 de octubre de 1992, rcud 2236/1991.

no cabe la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas (STS 659/2019, de 24 de septiembre).

De todas formas habrá que estar a la particular controversia, pues el diferente tipo de contrato suscrito, la distinta causa que valida la contratación temporal en cada supuesto, puede carecer de interés si lo relevante es que en ambos casos se trata de contratos de duración determinada, esto es con plazo *certus an et certus queando*. Así lo mantuvo la STS 28 de abril de 2010, rcud 1113/2009, que consideró irrelevante, a efectos de la contradicción estudiada, el distinto motivo al que respondían los contratos temporales, en un supuesto en el que lo que se discutía, entre otras cuestiones, eran los efectos de la extinción de un contrato temporal durante la tramitación del despido.

Las dificultades de contradicción en materia de extinción de contratos temporales han surgido, en muchas ocasiones, por diferencias no tanto en las circunstancias de hecho concurrentes cuanto en las pretensiones articuladas y debatidas en cada uno de los procedimientos. No es lo mismo debatir sobre la legalidad del cese, sin que se discuta nada acerca del derecho a indemnización, a que esta sea la cuestión que centra el debate en la sentencia de contraste (STS 560/2019 de 10 julio, rcud 3875/2017⁴⁸⁵) o viceversa. En definitiva, como se ha dicho ya, aunque en ambas sentencias (recurrida y de contraste) se haya abordado la misma cuestión, no hay contradicción si las divergencias surgen respecto de las pretensiones que se debaten en cada uno de los procedimientos, lo que supone que los debates y las razones de decidir no sean contradictorias sino, simplemente, diversas (STS 537/2019, de 4 de julio, rcud 4318/2017).

Tampoco se ha admitido contradicción en asuntos, como el que aborda la STS 548/2019, de 8 de julio, rcud 3848/2017, en los que lo debatido en la sentencia recurrida era el carácter indefinido no fijo de la relación de la actora con la Administración demandada, mientras que en la de contraste la demandante ya tenía reconocida la condición de trabajadora indefinida no fija por sentencia, antes de la extinción del vínculo contractual, de manera que el debate era otro, centrado en la posible arbitrariedad y/o discriminación que podía haberse cometido al designar las plazas que habrían de sacarse a concurso, al incluir como criterio determinante la condición de indefinido no fijo de los trabajado-

⁴⁸⁵ Tal derecho a la indemnización no surge de lo declarado en la repetida STJUE de 14 septiembre 2016, cuya dificultosa y problemática interpretación ha sido corregida, tanto por las STJUE de 5 junio 2018 [Montero Mateos, C-677/16 (TJCE 2018, 65) y Grupo Norte Facility, C-574/16], como, de manera específica, por la STJUE de 21 noviembre de 2018 (C-619/17) –segunda de las dictadas por el Tribunal de la Unión en ese mismo caso–. Así lo ha declarado la STS/4.º/Pleno de 13 de marzo de 2019 (rcud. 3970/2016), al resolver el asunto que dio origen a aquella sentencia del TJUE.

res que las venían ocupando. Es evidente que en un caso (la sentencia recurrida) el problema suscitado era si la contratación temporal de la actora había devenido en indefinida no fija, y en el otro (sentencia de contraste) este debate ni se suscitó, al estar ya resuelto en un proceso anterior, cuestionándose en cambio «la validez del proceso de consolidación al que se vinculó la plaza de indefinida no fija».

Sin embargo, no es un obstáculo para admitir contradicción que las sentencias comparadas hayan recaído en modalidades procesales distintas (despido en el caso de autos y declarativo de derechos ordinario en la de contraste) si hay coincidencias en las pretensiones (reconocimiento del derecho a la indemnización propia del despido objetivo) y si hay identidad de hechos (trabajadores contratados por la Administración bajo la modalidad de interinidad cuya contrato se extingue pese al paso a la situación de excedencia de la persona finalmente adjudicataria de la plaza). En ambos casos, el debate se centraba en si resultaba de aplicación lo recogido en el artículo 70 del EBEP en orden a la conversión o no de la relación en indefinida, puesto que en ambos supuestos también se superaba el límite de 3 años establecido en dicha norma. No se consideró una diferencia relevante que en la sentencia recurrida el contrato de interinidad fuera por sustitución y en la de contraste hubiera sido por vacante; ni el vehículo procesal utilizado (reclamación de cantidad y acción de despido, en la STS 613/2019 de 10 de septiembre; o una acción declarativa de derechos, sobre la naturaleza del vínculo entre las partes y una acción de condena por despido, en la STS 1921/2019, de 23 de mayo de 2019, rcud 2211/2018) si el debate es el mismo.

8. VALOR LIBERATORIO DEL FINIQUITO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

La Sala IV del TS ha advertido sobre la dificultad de la concurrencia del requisito de la contradicción en cuestiones relativas al valor liberatorio del finiquito de terminación del contrato⁴⁸⁶; hasta el punto de que, tal y como se refleja, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2004 (rcud

⁴⁸⁶ Como ha recordado el TS, bajo el término «finiquito» suele aludirse a un documento, no sujeto a forma *ad solemnitatem*, que incorpora una declaración de voluntad del trabajador expresiva de su conformidad a la extinción de la relación laboral y de que mediante el percibo de la «cantidad saldada» no tiene ninguna reclamación pendiente frente al empleador» (SSTS –SG– de 28 de febrero de 2000, rcud 4977/98, de 13 de mayo de 2008, rcud 1157/07; de 21 de julio de 2009, rcud 1067/08, de 11 de noviembre de 2010, rcud 1163/10 y de 22 de marzo de 2011, rcud 91/2010).

4053/02), esta materia podría carecer de contenido casacional, puesto que «apreciar en qué medida la voluntad del litigante puede verse afectada o disminuida en presencia de circunstancias históricamente acreditadas, sin ulterior desvirtuación, es una apreciación de hecho en la que no cabe sustituir al juzgador de instancia». Así lo ha hecho en la STS de 14 de mayo de 2014, rcud 780/2013, con cita, entre otros, del ATS de 19 de febrero de 2014, rcud 2489/13, según el que «los litigios que se refieren a la validez o virtualidad y alcance de un documento de baja o finiquito suscrito por el trabajador han de dirimirse a la vista de todas y cada una de las circunstancias concurrentes». En definitiva, la virtualidad del finiquito depende de los términos en que se haya redactado y de las circunstancias concomitantes que permitan evidenciar el sentido y alcance de las declaraciones de voluntad que en el mismo se incorporan; cuestiones que dependen de las singulares circunstancias concurrentes, lo que dificulta enormemente la comparación de las soluciones judiciales en términos de contradicción doctrinal.

Han impedido un juicio positivo de contradicción las divergencias en las redacciones de los textos de los documentos (no es lo mismo una fórmula de estilo que incluya una genérica renuncia del trabajador a reclamar a la empresa, sin alusión específica a la liquidación de cantidad alguna por deudas, que un documento personalizado que incluya el abono de indemnizaciones económicas, a efectos transaccionales), todas y cada una de las circunstancias en las que los documentos hayan sido firmados por el trabajador demandante al extinguir la relación laboral (posible ambiente intimidatorio, condicionamiento del recibo de determinada cantidad a la firma, prohibición de consultar a un asesor, ausencia de tiempo para pensar los términos de la transacción, etc.), el momento y el lugar (en un medio físico controlado por el empresario o cabo en dependencias de la Administración de Justicia); que lo hiciera sin asesoramiento especial o con él.

Para la STS 420/2018 de 19 abril, rcud 629/2016, por ejemplo, que no coincidiera la clasificación profesional que ostentaban los trabajadores en las sentencias comparadas (limpiadora, en un caso, trabajadora altamente cualificada, en el otro), ni su conocimiento del idioma en que está redactado el finiquito, ni las cuantías de las cantidades a liquidar, constituyeron diferencias suficientes para rechazar la contradicción, aunque el momento de la firma del finiquito hubiera sido el mismo y coincidieran las circunstancias en que se encontraban las trabajadoras (embarazadas) en el momento de la extinción del contrato y firma del finiquito.

Puede impedir también la concurrencia de contradicción las diferencias en las pretensiones que han dado lugar a los litigios sobre el finiquito. No es lo

mismo que se refiera a una vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de un acoso llevado a cabo por un compañero de trabajo, que a una deuda sobre horas extraordinarias (STS 415/2017 1 de mayo de 2017, rcud. 1495/15). Las circunstancias que concurren al respeto pueden llevar a la conclusión de que no estamos ante doctrinas contradictorias que sea necesario unificar, sino frente a dos distintas situaciones de hecho que justifican plenamente que cada una de las sentencias en comparación hubieren alcanzado un resultado diferente en la valoración de la eficacia liberatoria del documento de saldo y finiquito

Por lo tanto, «la contradicción respecto de los finiquitos solo puede entenderse existente si la redacción de los documentos es similar y las circunstancias concurrentes (antecedentes, autoría, momento de la firma, clima creado, etc.) presentan una igualdad sustancial» (STS de 11 de noviembre de 2017, rcud. 1495/2015). Por ejemplo, en el caso concreto que se analiza en la STS 372/2018, de 18 de enero de 2018, rcud 4029/2015, concurría un hecho diferencial de carácter esencial entre las sentencias en comparación, puesto que en el supuesto discutido en la recurrida no solo no constaba acreditado que la empresa adeudara cantidad alguna al trabajador en concepto de comisiones por ventas, sino que se declaraba probado que nunca se habían pagado comisiones de tal naturaleza durante la vigencia de la relación laboral ni se había reclamado su devengo por el actor; mientras que en la de contraste se consideraba probado, por el contrario, la existencia de una deuda por la realización de horas extraordinarias, derivadas del desempeño de una jornada completa de trabajo de nueve horas diarias, pese a que el contrato se había concertado a media jornada. Ese elemento diferencial resultó determinante de la falta de contradicción.

9. APUNTE FINAL

Los requisitos que la LRJS exige para que pueda admitirse el recurso de casación para la unificación de doctrina limita, como se ha visto, su viabilidad en aquellos litigios en los que la decisión judicial se sustenta sobre una valoración individualizada de circunstancias de hecho, lo que sucede en litigios relativos a la extinción de contratos cuando el debate gira sobre la concurrencia de las causas de extinción.

Normalmente el examen de la contradicción comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, no obstante hay supuestos «... en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupes-

tos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial de los supuestos contrastados únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición –legal o convencional– de que se trata» (SSTS de 9 de diciembre de 2010, rcud 831/10, de 30 de enero de 2012, rcud 2720/10, de 18 de mayo de 2017, rcud 3284/15, y de 11 de mayo de 2017, rcud 1495/15).

Esta doctrina ha sido invocada en la STS de 10 de octubre de 2017, rcud 1507/15, en la que se discutía sobre la aplicación al despido objetivo declarado improcedente por razones de forma del trámite de subsanación de defectos, previsto en el artículo 110.4 de la LRJS. Se trataba, en ambos casos, de decisiones empresariales de despido de un trabajador por causas objetivas –económicas–, que se habían declarado improcedentes por no poner a disposición del trabajador la correspondiente indemnización. Y, en ambos casos también, las empresas habían optado por readmitir y volver a despedir por las mismas causas objetivas, pero después de transcurridos siete días. En la decisión recurrida la nueva carta de despido alegaba hechos nuevos, mientras que en la de contraste no lo hacía, pero esa diferencia se consideró irrelevante a la vista de la doctrina de la Sala recogida en el párrafo anterior. «Se trataba de una diferencia que en ningún caso podía trascender a la parte dispositiva de la sentencia, justificando pronunciamiento distintos».

Para resolver la cuestión, el TS entendió que debía abordar la contraposición entre las sentencias atendiendo exclusivamente a los términos en que, en el caso de despido objetivo, debía de ser ejercida la facultad de subsanación prevista en el artículo 110.4 LRJS, lo que precisaba de unas «mínimas» indagaciones sobre la regla de subsanación prevista en el artículo 110.4 LRJS⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ Otro tema es que una vez admitida contradicción rechazase las doctrinas formuladas en ambas sentencias comparadas. Para el TS, aun cuando se entendiese aplicable el referido artículo 104 LRJS a los despidos objetivos, lo cierto es que tampoco compartía la idea –común a ambas decisiones contrastadas– de que no quepa la subsanación del despido transcurridos siete días desde la notificación de la sentencia que lo declara improcedente [tesis referencial] o de que esa posibilidad se halle limitada a la concurrencia e invocación de nuevos hechos justificativos de la decisión extintiva. Por lo demás, no parece ofrecer duda alguna la inoperancia del precepto en el ámbito de las extinciones por causas objetivas. Básicamente por dos razones: en primer término, porque en tales extinciones no opera el mecanismo de la prescripción [trasfondo causal de la norma], siendo así que mientras persista la causa legal justificativa es viable la adopción de la medida extintiva y no opera decadencia del derecho alguna; y en segundo lugar –con ello se da respuesta a una de las cuestiones de discrepancia entre las sentencias contrastadas– el periodo de tiempo que media entre el primer despido y el segundo, inevitablemente ha de ser significativo –dado que los procesos por despido tienen duración superior a la deseable–, con lo que muy probablemente se hayan producido variaciones en la situación de la empresa que puedan incidir en la existencia de la causa económica alegada y que por expresa prescripción legal del artículo 53.1.a) ET han de tener cumplida indicación en la nueva carta de despido.

En otro orden de cuestiones, la falta de identidad en las causas alegadas no es la única razón para rechazar la contradicción alegada en un recurso de casación para unificación de doctrina. El juicio negativo de contradicción entre resoluciones sobre extinción de contrato también ha surgido de diferencias en las pretensiones ejercitadas. Por ejemplo, cuando en la sentencia recurrida se resuelve sobre una pretensión de pago de cantidades, mientras que en la sujeta a comparación se pretende la declaración de nulidad o improcedencias de unos despidos⁴⁸⁸. Para que se admitiera el recurso, el conflicto subyacente en ambas pretensiones debería ser el mismo. Por ello, se ha mantenido que no es lo mismo accionar por despido objetivo, por causas económicas, que ejercitar dos pretensiones acumuladas, una pidiendo la rescisión indemnizada del contrato por falta de pago de salarios y otra reclamando la improcedencia del despido disciplinario acordado por la empresa. Según la STS 819/2016, de 6 de octubre, rcud 3079/2015, en estos casos concurre una diferencia relevante en los hechos motivadores de cada pleito y en la formulación de las pretensiones. Esta diferencia en el devenir de los hechos y en la formulación de las pretensiones motiva, igualmente, una diferencia en los fundamentos de derecho utilizados, tanto por las partes como por las sentencias comparadas. El debate es distinto.

No obstante, como ya se ha dicho, la identidad que exige la Ley, respecto de este aspecto, se refiere al contenido u objeto de la reclamación no del vehículo procesal utilizado. Por ello, la STS de 14 de septiembre de 2001, rcud 2142/2000, concluyó que no es relevante que en un caso la pretensión consista en una mera declaración de la existencia de una cesión y del derecho a incorporarse a la plantilla de la empresa que se considera cesionaria y en el otro se trate de una acción de condena al abono de una determinada cantidad, porque lo que importa es la identidad en la pretensión de que se reconozca la existencia de una cesión, con independencia de que en el supuesto decidido por la sentencia de contraste las consecuencias de esa calificación se limiten al abono de la cantidad y en el que resuelve la sentencia recurrida se interese la inclusión en la plantilla.

⁴⁸⁸ Sentencia de 29 de noviembre de 1991 rcud 539/1991.

CAPÍTULO VIII

UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y OTROS ASUNTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *El recurso de casación en unificación de doctrina a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo.*—2. *Accidente de trabajo: un concepto difícil de unificar.*—3. *La existencia de contradicción en los casos de accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo.*—4. *La existencia de contradicción en los casos de accidente de trabajo in itinere.*—5. *La existencia de contradicción en los casos de accidente de trabajo en misión.*—6. *La existencia de contradicción en los casos de enfermedad/accidente de trabajo.*—7. *La existencia de contradicción y el recargo de prestaciones.*—8. *La existencia de contradicción y la indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo.*—9. *Otros asuntos de Seguridad Social.*—10. *Conclusiones.*

1. EL RECURSO DE CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA A LA LUZ DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Título IV de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS, en adelante) dedica diez artículos al recurso de casación para unificación de doctrina al que atribuye la función institucional de unificar la doctrina y formar jurisprudencia. Es

un recurso, por tanto, cuyo objetivo principal no es satisfacer las pretensiones individuales, sin perjuicio, claro está de que este efecto también se produzca⁴⁸⁹. Desde que el legislador introdujera este instrumento procesal en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de abril de 1989, numerosas han sido las sentencias dictadas al amparo de este recurso en las que además de resolver el caso concreto planteado se ha ido perfilando sus contornos como instrumento procesal al servicio del objetivo mencionado⁴⁹⁰. Si tenemos en cuenta que en este trabajo, sin perjuicio del estudio doctrinal pertinente, los pronunciamientos del TS tienen un especial protagonismo, vamos a centrarnos a continuación en algunos de ellos en los que además de abordar el tema específico que nos ocupará posteriormente, y que no es otro que la unificación de doctrina en materia de accidente de trabajo, también se incorporan criterios y reglas a seguir respecto de la interposición de este recurso.

Como ya se ha dicho, y utilizando en esta ocasión las palabras del TS, la finalidad de este recurso es evitar una disparidad de criterios susceptible de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y por ende en la formación de la jurisprudencia⁴⁹¹. La razón nuclear por la que este recurso se puede interponer es la existencia de divergencia o contradicción entre distintas sentencias judiciales, sin que resulte preciso enumerar en este momento cuáles son las sentencias comparables de las que se puede predicar valor referencial a los efectos de unificación de doctrina, pues lo que aquí importa y en lo que hemos centrado nuestra atención es el presupuesto de la contradicción, que constituye, sin duda, el elemento clave del artículo 219 LJS.

La contradicción es, al menos a estos efectos, una noción compleja en la que resulta necesario diferenciar varios componentes, pues para que dos situaciones resulten comparables y, en su caso, se lleguen a considerar contradictorias hemos de encontrarnos en primer lugar con los mismos o diferentes litigantes, pero en todo caso con la misma situación. En segundo lugar, los hechos,

⁴⁸⁹ Así lo afirman MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., en «Comentario al artículo 219 LRJS», AA.VV., *Ley de la jurisdicción social. Estudio técnico jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, J. L. Monereo Pérez (Dir.) y R. M. González de Patto y L. A. Triguero Martínez (Coords.), Comares, Granada, 2013, pp. 1215 ss.

⁴⁹⁰ Vid. JIMÉNEZ FORTEA, F. J., «Origen del recurso de casación para la unificación de doctrina laboral», *Revista de treball, Economia i Societat*, Consell Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, núm. 13, abril, 1999, pp. 19 ss. Este recurso, que se reguló inicialmente en la Base 35.^a y se desarrolló posteriormente en los artículos 215 a 225 del texto articulado de 27 de abril de 1990, posteriormente lo encontramos en los artículos 215 a 225 del texto articulado de 27 de abril de 1990, al que le siguió el Texto refundido de 1995, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (arts. 216 a 226), lo encontramos en estos momentos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 218 a 228).

⁴⁹¹ Sirva como muestra la STS de 17 de diciembre de 1991 (núm. rec. 953/1991).

fundamentos y pretensiones también han de ser sustancialmente iguales. Y en tercer lugar, los pronunciamientos judiciales que hayan resuelto la situación litigiosa planteada han de ser diferentes. Se trata de una serie de requisitos subjetivos y objetivos que responden a la misma lógica a la que lo hace este recurso y que no es otra que garantizar los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, actuando así frente al riesgo de dispersión doctrinal⁴⁹². Huelga decir que si las normas que resultan aplicables y que han sido objeto de interpretación son diferentes no concurriría el presupuesto de hecho para admitir este recurso (entre otras, STS de 17 de septiembre de 2001, núm. rec. 380/2000).

Así pues, a la hora de preparar el recurso de casación en unificación de doctrina es preciso elegir al menos una sentencia de referencia que se contraponga a la que se recurra porque el recurrente entienda que merecía la misma respuesta. Y no es preciso incluir una larga lista de sentencias referenciales, de hecho es suficiente una sola sentencia por lo que si se aporta más de una será preciso elegir y para llevar a cabo dicha elección se tendrá en cuenta el criterio de modernidad⁴⁹³. Seleccionada la sentencia de contraste hay que analizar si, en efecto, concurre el requisito de la contradicción, que resulta bastante difícil de identificar porque el presupuesto sobre el que se sustenta, esto es la existencia de situaciones parecidas, que no idénticas, de las que se pueda predicar si bien no una identidad absoluta, al menos sí una identidad sustancial resulta resbaladizo y fácilmente quebradizo⁴⁹⁴, pues una vez sometido el caso al denominado «test de equivalencia de litigios» en virtud del cual se comparan los hechos, los fundamentos y las pretensiones de las partes (STS de 17 de abril de 2018, núm. rec. 1777/2016) se concluirá si las situaciones planteadas son sustancialmente idénticas y merecedoras de un mismo tratamiento.

También es preciso tener presente que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controver-

⁴⁹² Entre otras, SSTS de 13 de noviembre de 2007 (núm. rec. 81/2007), de 22 de enero, de 28 de mayo, de 3 de junio, de 18 de julio, de 22 de septiembre, de 20 de octubre, de 3 y 12 de diciembre de 2008 (núm. rec. 3890/2006), de 18 y 19 de febrero o de 8 de octubre de 2009 (núm. rec. 1871/2008) y de 17 de febrero de 2010 (núm. rec. 52/2009).

⁴⁹³ El TS ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias que en estos casos ha de aplicarse el criterio de modernidad (entre otras, STS de 24 de septiembre de 2001, núm. rec. 3414/2000). Por ser una de las más recientes merece la pena mencionar también la STS de 20 de marzo de 2018 (núm. rec. 325/2016) en la que se recuerda este criterio fijado por la Sala IV del TS y que es el que se sigue cuando se requiere al recurrente a optar por una sola sentencia y omite la opción.

⁴⁹⁴ Entre otras, STS de 26 diciembre 2013 (núm. rec. 2315/2012), SSTS de 16, 22 y 25 de julio de 2013 (núm. rec. 2275/2012, 2987/2012 y 3301/2012, respectivamente) de 16 de septiembre, de 15 de octubre y de 23 de diciembre de 2013 (núm. rec. 302/2012, 3012/2012 y 993/2013, respectivamente), de 29 de abril de 2014, de 17 de junio y de 18 de diciembre de 2014 (núm. rec. 609/2013, 2098/2013, 2810/2012, respectivamente) y de 21 de enero de 2015 (núm. rec. 160/2014).

sias. La contradicción existirá si nos encontramos con una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales⁴⁹⁵. Motivo por el cual, precisamente, si los supuestos son similares, el hecho de que en la sentencia de contraste se tome la decisión atendiendo a una doctrina jurisprudencial precedente y en la recurrida el fallo se base en otra doctrina posterior que la rectifica no impide apreciar la igualdad sustancial entre ellos (STS de 8 de octubre de 2009, núm. rec. 1871/2008).

Por último, también es importante tener presente que a la hora de decidir acerca de si concurre o no el requisito de la contradicción es preciso partir de los hechos y de los términos en los que se situó el debate en el trámite de suplicación, pues a través de este recurso no es posible modificar su apreciación⁴⁹⁶; y tampoco resulta admisible la descomposición artificial del recurso para dar cabida a diferentes motivos cuando en realidad solo concurre uno (SSTS de 14 de abril de 2016, núm. rec. 3373/2014, y de 4 de abril de 2017, núm. rec. 2589/2015).

Así pues, la valoración de las circunstancias fácticas del caso para decidir si hay o no contradicción y si se cumple el requisito del artículo 219 LRJS resulta especialmente complicada en general y en particular cuando se abordan determinados temas, tales como aquellos de los que tradicionalmente se viene afirmando que no son materia propia de unificación de doctrina. En este sentido el propio TS en su sentencia de 20 de marzo de 2018 (núm. rec. 2942/2016) realiza un ilustrativo recorrido por los temas de difícil unificación e incluye en ese bloque, entre otros, los casos relacionados con despidos disciplinarios, extinciones causales del contrato de trabajo, existencia de incapacidad permanente o responsabilidad empresarial.

Asimismo, tampoco considera materia propia de la unificación de doctrina los asuntos sobre la calificación de situaciones de incapacidad permanente por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante y por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general⁴⁹⁷. A este respecto el TS sostiene que este tipo de litigios carece de interés casacional y

⁴⁹⁵ Así lo establece, entre otras, las SSTS de 28 de enero de 1992, de 23 de septiembre de 1998, de 29 de enero de 2009 (núm. rec. 476/2008) y entre las más recientes la del 17 de abril de 2018 (núm. rec. 1777/2016).

⁴⁹⁶ En este sentido se pronunció el TS en alguna de las sentencias de la primera etapa de funcionamiento del recurso (STS de 17 de diciembre de 1991, núm. rec. 953/1991).

⁴⁹⁷ Así se afirma en las SSTS de 23 (2) de junio y 2 de noviembre de 2005 (núm. rec. 1711/2004, 3304/2004 y 3117/2004, respectivamente), de 16 septiembre 2014 (núm. rec. 2431/2013) y de 1 junio de 2016 (núm. rec. 609/2015),

que su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora que le es propia, sino que comprometería gravemente su funcionamiento con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social⁴⁹⁸.

Por las mismas razones, para el TS es claro que cuando se discute acerca de la procedencia de exigir responsabilidad civil a la empresa como consecuencia de un accidente de trabajo resulta muy problemática la existencia de supuestos idénticos⁴⁹⁹ y lo mismo ocurre cuando se debate sobre la imposición del recargo de prestaciones por haberse infringido normas de seguridad e higiene⁵⁰⁰. No obstante, y tal y como tendremos ocasión de ver en los dos últimos epígrafes de este trabajo en alguna ocasión sí se ha apreciado la existencia de contradicción y, en consecuencia, el TS ha podido fijar los criterios que han permitido reparar el quebranto de doctrina producido.

Por último, en cuanto a la materia que nos ocupa, esto es lo que se entienda por accidente de trabajo hay que decir que el TS sí ha tenido la oportunidad de unificar la doctrina y son numerosos los supuestos en los que se ha admitido el recurso y a través de los cuales el TS ha ido ofreciendo los criterios de aplicación de la normativa correspondiente como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de las siguientes páginas.

2. ACCIDENTE DE TRABAJO: UN CONCEPTO DIFÍCIL DE UNIFICAR

La definición de accidente de trabajo que recoge el 156 LGSS ha sufrido pocos cambios desde que se aprobara la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, cuyo artículo 1 establecía que accidente de trabajo es toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena⁵⁰¹, texto similar al que recoge el vigente artículo 156 LGSS en el

⁴⁹⁸ Así se afirma en las SSTS de 13 de noviembre de 2007 (núm. rec. 81/2007), de 22 de enero de 2008 (núm. rec. 3890/2006) y de 17 de febrero de 2010 (núm. 52/2009).

⁴⁹⁹ Una prueba de ello son las SSTS de 1 y 18 de octubre de 1999 (núm. rec. 2224/1998 y 315/1999, respectivamente), de 10 de mayo de 2000 (núm. rec. 3269/1999) y de 3 de abril de 2006 (núm. rec. 647/2005).

⁵⁰⁰ Así se afirma en las SSTS 19 de mayo de 1999 (núm. rec. 2632/1998), de 9 de diciembre de 2005 (núm. rec. 2281/2004), de 14 de julio de 2006 (núm. rec. 2610/2005) o de 16 de enero de 2007 (núm. rec. 1307/2005).

⁵⁰¹ Acerca de la definición legal del accidente de trabajo *vid.* MARTÍN VALVERDE, A., «El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal», en AA.VV., *Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, GONZALO GONZÁLEZ, B., y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Muprespa, Madrid, 2000, pp. 219 ss. Como indica este autor en la

que la única diferencia radica en la sustitución del término operario por el de trabajador. Esta definición se completa con una serie de cláusulas cuya función es delimitar el concepto, ya sea mediante la inclusión o la exclusión de ciertas situaciones⁵⁰². No obstante, a pesar de dichas precisiones se trata de una noción lo suficientemente amplia como para permitir una interpretación jurisprudencial expansiva que ha dado lugar a un elevado número de pronunciamientos del TS, que se han dictado como consecuencia de la interposición de los pertinentes recursos de casación en unificación de doctrina y han conformado un importante acervo jurisprudencial en la materia.

Para el TS accidente laboral es «aquel accidente en el que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concursal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación»⁵⁰³.

Como ya se ha dicho, el artículo 156 LGSS cuenta con varios apartados a través de los cuales se llevan a cabo ciertas ampliaciones del concepto de accidente de trabajo, en concreto se introduce la presunción de accidente de trabajo, los supuestos que quedan excluidos del concepto y también se mencionan aquellas circunstancias cuya concurrencia no impide calificar una determinada situación como accidente de trabajo. Los elementos clave de la noción legal y jurisprudencial de accidente de trabajo son la existencia de un trabajador, de una lesión corporal y de una relación de causalidad más o menos intensa entre el daño y el trabajo, de ahí que el TS distinga entre el accidente sufrido como consecuencia de la ejecución del trabajo y el accidente producido por causa distinta al trabajo, pero en el que éste pudo dar ocasión

definición de accidente de trabajo únicamente se ha sustituido el término operario por el término trabajador y además no existen propuestas legislativas o doctrinales dirigidas a modificar la definición, lo que permite afirmar que «el balance de la definición legal de accidente de trabajo ofrece un cuadro de estabilidad», situación que encuentra su explicación «en buena medida en la alta calidad técnica de la fórmula diseñada por el legislador de 1900».

⁵⁰² Este precepto contiene inclusiones o exclusiones de virtualidad constitutiva. Así lo afirma A. MARTÍN VALVERDE, «El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal», en AA.VV., *Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, GONZALO GONZÁLEZ, B., y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Muprespa, Madrid, 2000, p. 222. Estas cláusulas sí que han experimentado ciertos cambios no sustanciales, de hecho las que están presentes en el artículo 156 LGSS vigente, ya aparecen con una redacción bastante similar en la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y en la Ley de 1994.

⁵⁰³ SSTs de 25 de marzo de 1986 y de 4 de noviembre de 1988.

al accidente de trabajo de tal manera que si no hubiera que prestar los servicios no se habría producido el menoscabo físico o psicológico que puede generar el accidente⁵⁰⁴.

Centrándonos en estos dos últimos elementos y comenzando por la lesión corporal es preciso aclarar que esta no comprende únicamente la lesión física producida de forma súbita y violenta por un agente externo. También se incluye en esta noción la enfermedad que pueda surgir de forma súbita en el lugar y tiempo de trabajo y aquellas otras enfermedades que no resultan susceptibles de ser calificadas como profesionales, pero derivan, son consecuencia o tienen una conexión directa con el trabajo aunque aparezcan de manera lenta, así como aquellas otras a las que se refieren los apartados e, f) y g) del apartado 2 del artículo 156 LGSS. Asimismo, el concepto de lesión corporal incluye las dolencias funcionales, sensoriales o psíquicas que deriven del trabajo o que se sufran con ocasión o por consecuencia del trabajo⁵⁰⁵, así como «la lesión física derivada de una acción súbita y violenta, cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional, así como las lesiones o enfermedades psíquicas y determinadas enfermedades en concretos supuestos»⁵⁰⁶.

El otro elemento a tener en cuenta es la relación de causalidad que puede manifestarse de una manera directa o indirecta, puede presentar una fisonomía diferente dependiendo del tipo de accidente ante el que nos encontremos⁵⁰⁷ y ha sido definida por la doctrina como: «el mecanismo a través del cual se resuelve la cuestión de cuál sea el vínculo entre el trabajo y su entorno y el daño experimentado por el trabajador en virtud del cual nace la responsabilidad específica de las entidades gestoras de la seguridad social y del empresario, en su caso»⁵⁰⁸. Resulta evidente que la intensidad de esa relación de causalidad no siempre es la misma por lo que podría llevarse a cabo cierta graduación, que es

⁵⁰⁴ Esta distinción lleva a la doctrina a diferenciar entre al accidente de trabajo propio y el impropio. Vid. PÉREZ ALONSO, M. A., «Las distintas formas de accidente de trabajo», en AA.VV., *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, M.ª A. Pérez Alonso (dir.) y V. Cordero Gordicello (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 25.

⁵⁰⁵ Vid. ROMERO RODENAS, M.ª J., *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 33.

⁵⁰⁶ Entre otras, SSTS de 27 de octubre de 1992 (núm. rec. 1901/1991) y de 18 de junio de 1997 (núm. rec. 3927/1996).

⁵⁰⁷ Un análisis de la relación de causalidad en el accidente de trabajo en misión en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., «Accidente de trabajo y relación de causalidad», en AA.VV., *Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, B. GONZALO GONZÁLEZ y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, Muprespa, Madrid, 2000, p. 331.

⁵⁰⁸ Así define la relación de causalidad M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Accidente de trabajo y relación de causalidad», en AA.VV., *Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, GONZALO GONZÁLEZ, B., y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Muprespa, Madrid, 2000, p. 323.

lo que precisamente lleva a cabo el TS al diferenciar entre una relación de causalidad directa cuando el accidente se ha producido como consecuencia del trabajo y una relación de causalidad indirecta si el trabajo opera respecto del accidente como una condición, pero no como la causa, lo que puede ocurrir cuando el accidente se produce con ocasión del trabajo de manera que no se pueda producir sin presencia del factor trabajo y todo ello con independencia de que hayan concurrido otros elementos.

La utilización de los términos causa y ocasión en la norma ha llevado al TS a diferenciar entre la relación de causalidad y la de ocasionalidad, que es más débil que la de causalidad, pero «exige, al menos, que el trabajo actúe como circunstancia que permita el accidente, de forma que sin él la lesión no se habría producido⁵⁰⁹». Este doble enfoque es lo que permite aplicar al TS criterios extensivos del accidente de trabajo, que, dicho sea de paso, no se dan cuando el accidente de trabajo se produce *in itinere* en el que se busca una relación causal con el trabajo muy intensa que ha llevado a aplicar una interpretación restrictiva de lo que se entienda por este tipo de accidente⁵¹⁰. La existencia de esta relación se presume cuando el accidente se produce en tiempo y lugar de trabajo, como indica el artículo 156.3 LGSS, pero cuando el accidente no se ha producido en esas circunstancias será preciso acreditarla resultando especialmente importante el análisis de las circunstancias del caso concreto y correspondiendo la carga de la prueba a quien pretenda la calificación de la situación producida como de accidente de trabajo.

La variedad de supuestos incluidos en la noción que acabamos de describir permite vislumbrar la dificultad que presenta hacer uso del recurso de casación en unificación de doctrina que pasa por el cumplimiento de diversos requisitos, entre otros y tal vez el más complicado por lo que aquí interesa, la apreciación de sustancial identidad entre las situaciones que resulta preciso comparar. A pesar de ello el TS ha llevado a cabo una ardua labor de conceptualización y delimitación de situaciones en torno a la noción de accidente de trabajo, pero como se puede deducir del título de esta obra, no es ese su objeto de estudio. No se pretende realizar en este capítulo un estudio de la noción de accidente de trabajo a la luz de los pronunciamientos del TS, el propósito de este capítulo es acercarnos al concepto de sustancial identidad o disparidad

⁵⁰⁹ Así se afirma, por ejemplo, en la STS de 24 de febrero de 2014 (núm. rec. 145/2013) en la que se deniega la calificación de accidente de trabajo en un supuesto en el que «la lesión se produjo fuera de la ejecución del trabajo, mientras el trabajador descansaba en la habitación de un hotel, y sin ninguna evidencia de que el trabajo previamente realizado hubiese desencadenado la afección».

⁵¹⁰ En este sentido *vid.* BALLESTER PASTOR, M.^a A., *Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 9.

trascendente, en función de la perspectiva desde la que queramos analizar la situación, que da acceso al recurso de casación en unificación de doctrina y gracias al cual hoy por hoy contamos con una doctrina unificada respecto de lo que se entienda por accidente de trabajo.

Así pues, a lo largo de los siguientes epígrafes intentaremos acercarnos al análisis realizado por el TS para apreciar el requisito de la contradicción y, en consecuencia la necesidad de unificar doctrina en una materia difícil de unificar precisamente por los motivos que ya se han expuesto. Asimismo, nos adentraremos en algunas cuestiones que si bien exceden del concepto de accidente de trabajo están muy conectados con él. Tal es el caso del recargo de prestaciones que se puede imponer cuándo ha habido un accidente de trabajo con incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos y del reconocimiento de una indemnización civil por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo, situaciones en las que la contradicción no se suele apreciar porque la variedad de factores que suelen concurrir dificultan la apreciación de situaciones sustancialmente idénticas. Por último, también intentaremos hacer una panorámica de lo que supone la contradicción a efectos de admitir el recurso de casación en unificación de doctrina respecto de algunas prestaciones de seguridad social. Así pues, intentaremos buscar los elementos que el TS tiene en cuenta a la hora de apreciar la contradicción y podremos observar como su tarea consiste en trascender de lo concreto e identificar los elementos comunes en un plano más abstracto.

3. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN EN LOS CASOS DE ACCIDENTE SUFRIDO EN TIEMPO Y LUGAR DE TRABAJO

Como se sabe, el artículo 156.3 LGSS establece que son accidente de trabajo las lesiones que el trabajador sufra durante el tiempo y el lugar de trabajo. Se trata de una regla que afecta a la valoración de la prueba y que tiene una excepcional trascendencia en la práctica procesal y extraprocesal⁵¹¹. No estamos aquí ante una definición de lo que se entienda por accidente de trabajo sino ante lo que algunos autores denominan una «ampliación legislativa del

⁵¹¹ Así lo afirma MARTÍN VALVERDE, A., «El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal», en AA.VV., *Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, GONZALO GONZÁLEZ, B., y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Muprespa, Madrid, 2000, p. 224, para quien este apartado del artículo 156 «es una disposición extraña en puridad al concepto de accidente de trabajo», que apareció por primera vez en el artículo 84 de la Ley General de Seguridad Social de 1966.

concepto de accidente de trabajo»⁵¹², cuya concurrencia ha llevado a los tribunales a considerar la existencia de un accidente de trabajo cuando la lesión o los síntomas se producen durante la jornada y en el lugar de trabajo, elementos temporal y locativo que han de concurrir de forma acumulada por lo que si falta alguno de ellos no entraría en juego la presunción⁵¹³.

Se trata de una presunción *iuris tantum* que podrá romperse siempre y cuando se pruebe que no existe conexión alguna entre el hecho dañoso y el trabajo, aun cuando el hecho dañoso se haya producido o haya comenzado a producirse en tiempo y lugar de trabajo. Ahora bien, si dicha ausencia de conexión no se puede probar nos encontraremos ante un accidente de trabajo y esa ha de ser la calificación que ha de mantenerse de manera unificada ante supuestos que superan el triple filtro de la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones a la que hace referencia la reciente e ilustrativa sentencia del TS de 5 de abril de 2018 (núm. rec. 3504/2016) en la que se contraponen dos casos en los que concurre sintomatología cardíaca. Además, en los dos casos dicha sintomatología se pone de manifiesto antes del comienzo de la jornada laboral y es seguida de otros síntomas concretos que en los dos casos dan lugar a que el trabajador abandone su puesto de trabajo para acudir a los servicios médicos donde se diagnostica en un caso un infarto de miocardio y en el otro una angina de pecho. La divergencia entre los dos supuestos descritos estriba en el hecho de que, a pesar de no demostrar en ninguno de los dos casos la inexistencia de conexión entre el trabajo y el hecho dañoso, en un caso se había considerado que sí estábamos ante un accidente de trabajo y en el otro no.

Precisamente, una interpretación flexible de esta presunción es lo que ha llevado al TS a considerar que sí nos encontramos ante un accidente de trabajo cuando se sufren ciertas molestias durante el desarrollo de la actividad, que derivan posteriormente en un infarto o en una hemorragia cerebral que se produce fuera del trabajo. Ciertamente es, que no concurre en estos casos el elemento locativo mencionado anteriormente, sin embargo para el TS la conexión entre la situación producida y el trabajo, por más que no se pueda calificar de direc-

⁵¹² En este sentido PÉREZ ALONSO, M.^a A., «Las distintas formas de accidente de trabajo», en AA.VV., *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, M.^a A. Pérez Alonso (dir.) y V. Cordero Gordillo (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 43.

⁵¹³ Por esas razones algunos autores se plantean la posibilidad de repensar si esta presunción de laboralidad ha de seguir estando presente en la norma teniendo en cuenta los cambios que han experimentado los sistemas productivos y la organización del trabajo, así como la importancia de la noción de flexibilidad en el tiempo de trabajo. En este sentido *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional», en AA.VV., *Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, GONZALO GONZÁLEZ, B., y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Muprespa, Madrid, 2000, p. 279.

ta, permite afirmar que sí estamos ante un accidente de trabajo cuando se sufre una hemorragia cerebral o un infarto de miocardio después de salir del trabajo, siempre y cuando los primeros síntomas de indisposición se hayan manifestado en el centro de trabajo y durante la jornada de trabajo, incluso cuando no se ha podido probar la influencia del trabajo en esa situación.

Este criterio del TS ha sido fijado en unificación de doctrina tras analizar la posible contradicción existente entre una sentencia del TSJ de Galicia y una del TSJ de Madrid en su STS de 10 de diciembre de 2014 (núm. rec. 3138/2013). Los casos que se resolvieron en estas sentencias eran parecidos, pero ya se sabe que a efectos del recurso de casación en unificación de doctrina es preciso que exista una identidad sustancial, lo que no significa que resulten exactamente iguales. En esta ocasión el grado de identidad requerido no se vio reducido por encontrarnos en un caso ante una malformación congénita y en el otro no, y ello porque «una malformación existente antes del accidente no impide la calificación del suceso como accidente de trabajo». Asimismo, se entendió que tampoco resultaba relevante a efectos de contradicción que en un caso el trabajador estuviera comiendo y en el otro estuviera volviendo a su domicilio desde el trabajo porque lo que resulta relevante es que en los dos casos los trabajadores estaban fuera del trabajo. Sin embargo, si en un caso los primeros síntomas del infarto se producen en el domicilio del trabajador y posteriormente persisten durante el desarrollo de la actividad y en el otro los síntomas del infarto debutan mientras se está trabajando, las situaciones ya no son comparables y por tanto el recurso de casación en unificación de doctrina será desestimado por falta de contradicción (STS de 28 de febrero de 2017, núm. rec. 3010/2015).

Tampoco importa, y por tanto la identidad sustancial a efectos de contradicción no queda desvirtuada, que en los casos contrastados los síntomas de la lesión sufrida difieran. Así, para el TS si se produce un dolor repentino e intenso en el pecho y en el brazo izquierdo en un caso, y en el otro se sufre una pérdida de conocimiento la identidad sustancial entre estas dos situaciones se mantiene porque esta diferencia no influye en lo que verdaderamente tiene trascendencia a estos efectos, que es la incidencia del factor trabajo en esa dolencia. En definitiva, para el TS el elemento clave a efectos de contradicción en este supuesto es que en los dos casos se trataba de trabajadores sin patología cardiovascular que en el desempeño de cometidos laborales que no conllevaban un especial esfuerzo ni una tensión particular, sufren por causas no acreditadas un episodio cardíaco debido a la disección de la aorta con resultado de muerte. Todo ello sin que tampoco resulte relevante el tiempo transcurrido entre la muerte del trabajador y el debut del cuadro patológico, siendo en un caso poco

tiempo después y en el otro unas horas más tarde porque lo esencial es que en los dos casos los primeros signos se produjeron en tiempo y lugar de trabajo y en un caso la situación se calificó como accidente de trabajo y en el otro, en cambio, no. También hay que tener presente que no se había producido una valoración de la prueba diferente, argumento en el que se apoyaba el Ministerio Fiscal y la parte recurrida para sostener que no se podía entrar en el fondo del asunto. Para el TS las divergencias existentes entre los dos supuestos no eran fruto de la diferente valoración de la prueba practicada en cada caso, sino de hipótesis acerca de la índole de la enfermedad y de los factores de riesgo asociados a la misma (STS de 25 de abril de 2018, núm. rec. 4123/2018)⁵¹⁴.

La misma línea de argumentación lleva al TS a considerar sustancialmente iguales la situación de un trabajador que sufre un infarto en el vestuario y la de un trabajador que sufre un infarto en el vestuario cuando se estaba atando las botas. La única diferencia entre ellos es que en el caso de la sentencia recurrida el trabajador, aún en el vestuario, se estaba atando las botas para iniciar el trabajo y en la sentencia de contraste solo consta que unos minutos después del comienzo del turno, el trabajador apareció desvanecido en el vestuario, pero esa diferencia es irrelevante a efectos de contradicción (STS de 3 de noviembre de 2003, núm. rec. 4078/2002).

Por el contrario sí es una diferencia importante que impide considerar que las situaciones son sustancialmente idénticas el hecho de encontrarnos ante un trabajador autónomo y un trabajador por cuenta ajena en un momento en el que el primero no cuenta con protección por accidente de trabajo. A este respecto resulta muy ilustrativo el ATS de 15 de septiembre de 2016, núm. rec. 299/2016, en el que se recurría el caso de un trabajador por cuenta propia encuadrado en el RETA, mientras que en la sentencia de contraste el trabajador prestaba servicios por cuenta y orden de una empresa, por lo que estaba encuadrado en el Régimen General para trabajadores por cuenta ajena. El TS en esta ocasión sostiene que en un caso y en otro el concepto de accidente de trabajo es diferente y ello impide apreciar la existencia de contradicción al faltar el presupuesto de la identidad sustancial. En efecto, para el TS las situaciones descritas no son sustancialmente iguales, por más que en los dos casos se tra-

⁵¹⁴ A la misma conclusión se llega en la STS de 4 de abril de 2018 (núm. rec. 2191/2016) en la que el TS entiende que no puede negarse la concurrencia de identidad sustancial en los hechos, en las pretensiones y en los fundamentos. En los dos casos que se ponen en contraste los trabajadores sufren enfermedades que aparecen de manera espontánea ligadas a accidentes vasculares, en los dos casos los síntomas debutan en el domicilio de los trabajadores, pero deciden acudir al centro de trabajo de donde finalmente deben salir al encontrarse peor y requerir asistencia sanitaria. Y además las pretensiones también son coincidentes, pues en los dos casos lo que se solicita es que la situación de incapacidad temporal en la que se encuentran se considere derivada de accidente de trabajo.

tase de conductores de camión que mientras desarrollaban su actividad sufren una hemorragia cerebral.

Una referencia particular en este apartado merecen aquellos supuestos en los que el centro de trabajo es un buque. Ciertamente, el artículo 156.3 LGSS enuncia una presunción que opera en tiempo y lugar de trabajo, y sin entrar en un análisis pormenorizado de lo que entendamos por lugar de trabajo como noción diferente del centro de trabajo e identificando ambos en algunos casos, no se puede perder de vista que el desarrollo de una actividad en un buque donde no solo se trabaja sino que también se pernocta obliga a modular la aplicación de algunos conceptos jurídicos, entre otros, el de accidente de trabajo. Así pues, y con independencia de la calificación que se otorgue, para el TS existe una verdadera identidad de situaciones que merecen la misma calificación cuando nos encontramos ante dos casos en los que sendos trabajadores, que prestaban servicios en un buque, sufren un accidente durante su período de descanso. Ciertamente es que en un caso se trataba de una rotura del húmero debido a un resbalón y en el otro de un infarto, pero en los dos casos se trataba de personas que estaban disfrutando de su período de descanso en un buque. En efecto, las situaciones no eran idénticas, pero sí presentaban similitudes suficientes como para entender que la calificación que se otorgase en ambos casos debía ser la misma. Identidad que también concurre a juicio del TS cuando un patrón de pesca sufre una lesión en el nervio tibial al levantarse de la cama en el buque y un marinero sufre un infarto en su camarote mientras descansaba (STS de 6 de julio de 2015, núm. rec. 2990/2012).

Mayores diferencias presenta, sin embargo, el supuesto analizado en la STS de 4 de febrero de 2015 (núm. rec. 197/2014), en la que el TS entendió que también se daba la suficiente identidad como para considerar que las sentencias que califican las situaciones en un caso como accidente de trabajo y en otro como de accidente no laboral son contradictorias. En ambos supuestos los trabajadores habían fallecido mientras se encontraban embarcados en el buque. En los dos casos los trabajadores padecían una enfermedad de base, cirrosis hepática, y en los dos casos el fallecimiento se había producido por una derivación de dicha enfermedad. Pese a estas similitudes hay que destacar que entre estos dos casos había una diferencia, que podría considerarse decisiva y que tiene que ver con los motivos por los que los trabajadores estaban en los correspondientes buques. Y es que en un caso el trabajador vivía en el buque porque estaba embargado y no podía salir a navegar y en el otro el fallecimiento se produjo mientras el buque sí estaba navegando. El TS considera que este matiz no es relevante a efectos de contradicción porque con independencia de

que en el primer caso el barco no pudiera navegar el trabajador encontró la muerte mientras prestaba servicios para su empresa.

4. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN EN LOS CASOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE*

Continuando nuestro recorrido por el artículo 156 LGSS vamos a centrarnos en su segundo apartado en el que se considera accidente laboral el acaecido al ir o al volver del trabajo. Es obvio que en este caso nos encontramos ante una situación que se produce fuera del tiempo y del lugar de trabajo en la que el posible control empresarial desaparece, pero en la que sigue existiendo cierta relación de causalidad con el trabajo, ya sea porque se está yendo a trabajar, ya sea porque se vuelve de trabajar. A la hora de interpretar este precepto el TS considera que son tres los elementos que lo configuran, el teleológico, el cronológico y el geográfico. Resulta necesario aclarar que para el TS la finalidad principal del traslado es únicamente la llegada o la salida del trabajo y en relación con este elemento también juega un papel importante la noción de domicilio del trabajador, que ha sido interpretada de manera amplia y flexible y en virtud de la cual se entiende que el domicilio no solo es el legal, sino también el domicilio real o habitual. El dato clave no es salir del domicilio o volver a él, aunque esto sea lo conveniente u ordinario «lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del lugar de trabajo. De acuerdo con ello el punto de llegada o vuelta del trabajo puede o no ser el domicilio del trabajador siempre que exista un nexo causal entre éste y el lugar de trabajo»⁵¹⁵.

Esta amplia interpretación del domicilio no se ha mantenido en el tiempo, pues mientras que hasta mediados de la década de los 90 la interpretación jurisprudencial permitía incluir como punto inicial/final del trayecto lugares de mera estancia, la residencia de verano o el lugar donde se pasaban los fines de semana, por lo que el punto de salida o llegada no tenía que coincidir necesariamente con el domicilio habitual del trabajador; en una segunda fase, a partir de mediados de los años 90, se introdujo un elemento cualitativo, el de la «habitualidad» del domicilio. Así pues, a partir de este momento queda excluido del concepto de accidente de trabajo *in itinere* el que se produce al ir o al volver del trabajo desde el domicilio familiar diferente al personal o desde el de la pareja en el que se ha pernoctado porque no es el domicilio habitual del trabajador. En otras palabras, el TS deja de admitir como elemento integrante

⁵¹⁵ STS de 5 de noviembre de 1976 (RJ 1976/6851).

del concepto de accidente *in itinere* los domicilios ocasionales, de hecho a través de su competencia unificadora ha tratado de identificar criterios objetivos, que a juicio de la doctrina, le han llevado a introducir elementos extra legislativos en un contexto en el que la tarea interpretativa es de gran vaguedad normativa⁵¹⁶.

Asimismo, junto a la vaguedad normativa que dificulta la tarea interpretativa y unificadora del TS en esta materia hay que añadir la gran variedad de supuestos que pueden producirse, pues si bien es cierto que uno de los dos puntos del trayecto ha de ser el trabajo, el otro puede ser de lo más variado. Además, no se pueden perder de vista otras variables como por ejemplo el lugar en dónde se dé por comenzado el trayecto a efectos de calificar la situación de accidente de trabajo *in itinere*, tal y como podemos comprobar en la STS de 22 de febrero de 2018 (núm. rec. 1647/2016). En esta ocasión, la sentencia de suplicación que se recurre en unificación de doctrina ante el TS califica como accidente no laboral el que acontece cuando el trabajador sale de la puerta de su casa y cae en el porche de una vivienda compuesta por finca y jardín. Se entiende que no hay accidente de trabajo *in itinere* porque el trabajador todavía no está transitando por un lugar de libre acceso para cualquier otra persona. Ciertamente, en el caso enjuiciado el accidentado no estaba en unas escaleras comunitarias, en un garaje compartido con otros vecinos o en un recinto cerrado común a varias edificaciones, sino en una zona de su exclusiva titularidad. Por el contrario, en la sentencia de contraste nos encontramos con un supuesto en el que el actor sufre el accidente mientras circulaba con su motocicleta en la mano por la finca de su propiedad en la que se encuentra su domicilio mientras iba en dirección a su centro de trabajo.

El TS entiende que las situaciones descritas no son sustancialmente iguales, pues al margen de las consideraciones acerca del concepto de domicilio, resulta claro que no es lo mismo caer mientras se sale de la vivienda que hacerlo cuando ya se ha llegado al vehículo en el que se va a circular y ya está rodando. Y es que en un caso el trabajador se lesionó mientras se encontraba en el porche de su casa y en el otro lo hace cuando ya ha abandonado las inmediaciones de la vivienda y transita por el interior de la finca. Además, con independencia del uso concreto que la familia del trabajador diera al porche de su vivienda unifamiliar, es lo cierto que esa superficie posee unas características muy diversas a las de un camino o terreno dentro del perímetro de la finca en que se halla la vivienda construido para habitar en ella, por lo que no es

⁵¹⁶ En este sentido *vid.* BALLESTER PASTOR, M.^a A., *Significado actual del accidente de trabajo in itinere: paradojas y perspectivas*, Bomarzo, 2007, pp. 19 ss.

razonable equiparar el porche del domicilio con un camino de la finca en que se ubica la vivienda y por esa razón para el TS las situaciones no se pueden considerar sustancialmente idénticas.

A las dificultades descritas hay que añadir otras, como la posibilidad de que surjan diferentes factores que pueden operar como desencadenantes del accidente, tanto intrínsecos a la persona del trabajador, como puedan ser las enfermedades, o extrínsecos, como la intervención de terceros. En este sentido es claro que en numerosas ocasiones resultará especialmente complejo advertir la identidad sustancial requerida para admitir el recurso de casación en unificación de doctrina y, en otras, a pesar de las aparentes diferencias, el TS será capaz de identificar los elementos comunes, lo que le permitirá entrar en el fondo del asunto, cuando a pesar de su existencia los pronunciamientos han sido diferentes. Tal es el caso de la STS de 15 de abril de 2013 (núm. rec. 1847/2012) en la que se comparan dos supuestos en los que se produce un accidente de trabajo al acudir a una visita médica con autorización de la empresa, si bien en el caso de la sentencia recurrida se iba en dirección al médico y en el de la sentencia referencial se volvía al trabajo después de haber visitado al médico. La sentencia recurrida consideró que la asistencia de la trabajadora demandante a la consulta médica tenía conexión con el trabajo –aunque nada consta respecto a que la visita al traumatólogo tuviera relación con la actividad laboral–, y por ello declara que la baja médica deriva de accidente trabajo, la sentencia de contraste niega la existencia del tal conexión, y en consecuencia, deniega la calificación de accidente laboral. El TS, sin profundizar en las razones, entiende en este caso que las dos sentencias que se comparan resuelven supuestos sustancialmente iguales.

Así pues, se puede concluir que para el TS las situaciones susceptibles de ser contrastadas son sustancialmente iguales con independencia de si en una el accidente se ha producido al ir al trabajo y en otra al volver del trabajo (STS de 25 de mayo de 2015, núm. rec. 2163/2014); tampoco importa que la profesión de los trabajadores en un caso y en otro sea diferente o que las dolencias en un caso y en otro sean distintas. Incluso si todas estas diferencias concurren en un mismo supuesto para el TS sigue existiendo una identidad sustancial, tal y como se afirma en la STS de 18 de junio de 2013, núm. rec. 1885/2012, en la que se entiende que las diferencias consistentes en que las dolencias vasculares padecidas en uno y otro caso fueran distintas; que en un caso el trabajador afectado fuera oficial soldador 1.^a y en el otro la trabajadora afectada fuera técnica en salud en el Servicio de Salud Andaluz; que el momento de manifestación de la dolencia fuera en un caso al ir al trabajo y en el otro al volver; o que el grado de incapacidad permanente reconocido haya sido más severo en un caso que

en otro, no constituyen un obstáculo para entender que las situaciones son sustancialmente idénticas porque todas estas circunstancias son para el TS intrascendentes para la solución jurídica.

Identidad que también existe en un caso en el que un trabajador se dirige a su barco, que es su centro de trabajo, cuando sobreviene el accidente que le causa la muerte por caída al mar al intentar acceder desde otro, al que el suyo estaba abarloado. En la sentencia de contraste, en cambio, el trabajador fallecido se encontraba en un avión en el que regresaba a su centro de trabajo siguiendo órdenes de la empresa y es en este medio donde fallece a consecuencia de una insuficiencia cardiaca producida por una crisis severa de asma que no pudo ser atendida médicamente. El TS admite el recurso y entra en el fondo del asunto porque considera que a pesar de las diferentes circunstancias en las que se producen sendos accidentes hay un elemento en común, cual es la particularidad del lugar en el que los trabajadores se encuentran con ocasión de su trabajo, la ubicación se erige así en elemento determinante de su fallecimiento (STS de 24 de febrero de 2014, núm. rec. 145/3013).

Por otra parte, como se apuntaba anteriormente, en algunas ocasiones los factores que inciden en la producción del accidente son externos, tal y como ocurre en los supuestos en los que al salir del trabajo y volver al domicilio habitual se sufre un atraco. Para el TS el supuesto de una trabajadora que presta servicios en un estanco y después de cerrarlo en el horario correspondiente cuando volvía a su casa es víctima de un robo, a resultas del cual inició un período de incapacidad temporal por trastorno adaptativo que los tribunales calificaron de contingencia común, es sustancialmente idéntico al de una trabajadora, auxiliar de limpieza, que prestaba servicios en un local de hostelería y al regresar del centro de trabajo a su domicilio fue asaltada en la calle, donde le agarraron del cuello y del hombro para robarle, necesitando tratamiento rehabilitador tras el ictus sufrido como consecuencia de dicho asalto. A juicio del TS las circunstancias descritas son sustancialmente iguales, y «esta sustancial identidad resulta tan evidente que no se requieren razonamientos adicionales» (STS de 14 de octubre de 2014, núm. rec. 1786/2013).

5. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN EN LOS CASOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN MISIÓN

El accidente en misión es una figura de creación jurisprudencial que nace como una modalidad específica de accidente de trabajo y que ha sido interpretada de forma cada vez más restrictiva. Mientras durante años el TS vino con-

siderando que un accidente en misión era el sufrido por un trabajador en el marco de un desplazamiento realizado por una encomienda de la empresa, ampliándose la presunción de laboralidad a todo el tiempo en el que el trabajador desplazado aparecía sometido a las decisiones de la empresa y se entendía que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarcaba todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de servicios, considerándose lugar de trabajo «todo aquel en el que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no se tratase del lugar de trabajo habitual»⁵¹⁷. Sin embargo, a partir de 2007 el TS comenzó a resolver asuntos similares aplicando un criterio más restrictivo establecido en sala general en virtud del cual se considera que no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento ni tampoco se está realizando una actividad laboral. En este sentido el TS afirma que no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en tiempo y lugar de trabajo y por ello los períodos de descanso y las actividades de carácter privado o personal quedarán fuera de la calificación de accidente de trabajo⁵¹⁸, pues no todo lo que sucede durante la misión tiene necesaria conexión con el desplazamiento⁵¹⁹.

Al margen de la calificación de la situación como accidente de trabajo en misión o de accidente no laboral y con independencia de la aplicación a ese respecto de un criterio más o menos restrictivo, la superación del filtro de la contradicción a los efectos de admitir el recurso de casación en unificación de doctrina presenta dificultades, que, como ocurre con carácter general, residen principalmente en la complejidad que presenta concretar cuándo nos encontramos ante supuestos sustancialmente iguales. Precisamente en la STS de 6 de marzo de 2007 (núm. rec. 3145/2005), que introduce un criterio más restrictivo a la hora de interpretar el accidente de trabajo en misión, tanto el Ministerio Fiscal como la Mutua correspondiente consideraban que los supuestos que se presentaban como sustancialmente idénticos con el fin de admitir el recurso de casación en unificación de doctrina no lo eran. Sin embargo, el TS, incluso reconociendo que había algunas diferencias, entendió que sí eran sustancialmente idénticos e insiste en la idea de que para entrar en el fondo de un asunto

⁵¹⁷ Entre otras, STS de 6 de mayo de 1987 (RJ 1987/3257), STS de 26 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9909) y STS de 4 de mayo de 1998 (núm. rec. 932/1997).

⁵¹⁸ SSTS de 6 de marzo de 2007 (núm. rec. 3415/2005).

⁵¹⁹ Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V., «Rectificación del concepto de accidente de trabajo en misión», Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 9/2007; CABEZA PEREIRO, J., y FERNÁNDEZ PROL, F., «Presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo (art. 115.3 LGSS)», en AA.VV., *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo, 2009, p. 184.

y unificar la doctrina lo que la Ley de la Jurisdicción Social exige es una igualdad sustancial en los elementos relevantes para la decisión y no una identidad absoluta. Y para el TS en la sentencia mencionada las controversias que se presentaban eran iguales en los puntos esenciales de la decisión, esto es, en primer lugar, en los dos casos nos encontrábamos ante un desplazamiento del trabajador para cumplir la prestación de trabajo; en segundo lugar, en los dos casos el desplazamiento tenía carácter habitual y ordinario, pues la actividad laboral en los dos casos se incardinaba en el sector del transporte. Y por último, en los dos supuestos la lesión (un infarto en un caso y una hemorragia encefálica, en otro) no presentaba ninguna conexión con el trabajo salvo el haberse manifestado durante el desplazamiento⁵²⁰.

En definitiva no importa que existan ciertas diferencias entre los supuestos, siempre y cuando se mantenga esa sustancial identidad que no siempre es fácil de observar y tampoco importa que se haya producido una rectificación de la doctrina aplicable⁵²¹. Y es por ese motivo precisamente por lo que nada

⁵²⁰ Finalmente, en el caso se entendió que no se estaba ante una misión específica en el marco de un trabajo que se desarrollase normalmente en un lugar determinado y se hubiera encargado al trabajador la realización de un servicio en otro lugar. En ambos casos la actividad del trabajador era la del transporte, que consiste precisamente en un desplazamiento permanente del trabajador como forma de cumplir la prestación de servicios. Así pues, no se produce el desdoblamiento entre el trabajo y desplazamiento, que es propio de la misión típica, pues el trabajo normal consiste precisamente en el desplazamiento en la actividad de realizar el transporte. Además, teniendo en cuenta las normas sobre el tiempo de trabajo en el transporte por carretera, se concluyó que la lesión no se había producido ni durante el tiempo de trabajo efectivo, ni durante el tiempo de presencia. En el caso examinado la lesión se había producido durante el tiempo de descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del artículo 156.3 LGSS; presunción que se funda en un juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión que se produce durante el tiempo y el lugar del trabajo se deba a la actividad laboral, lo que no sucede cuando el trabajador fuera de la jornada se encuentra descansando en un hotel.

⁵²¹ En la STS de 8 de octubre de 2009 (núm. rec. 1871/2008) las situaciones que se han de calificar como contradictorias presentan los siguientes elementos. De un lado, un trabajador, que prestaba servicios como viajante, se encontraba en viaje de negocios por cuenta de la empresa en Marrakech, y sufrió un infarto agudo de miocardio mientras descansaba en un hotel. De otro, en la sentencia de contraste un trabajador que prestaba servicios de comercial, se encontraba en La Coruña por encargo de la empresa y cuando dormía en el hotel se despertó con los síntomas que le fueron diagnosticados de infarto agudo de miocardio. En este último caso se entendió que se trataba de un accidente «en misión». Dicha sentencia se había dictado en 2006 y como ya se expuso en el 2007 el TS rectificó su criterio acerca de la calificación de accidente de trabajo como accidente en misión. Por este motivo, en el escrito de impugnación la Mutua recurrida alega la falta de contradicción pues si bien reconoce la innegable similitud entre los supuestos, considera que la sentencia de contraste se dicta atendiendo a una doctrina jurisprudencial precedente y la sentencia recurrida lo hace basándose en otra posterior que la rectifica. Para el TS la diferencia no es óbice para apreciar la igualdad sustancial de supuestos y la normativa legal aplicable, con independencia de su interpretación jurisprudencial. También se hace referencia a la incidencia de un cambio de doctrina en los términos de análisis de cara a la contradicción en la STS de 22 de julio de 2010 (núm. rec. 4049/2009). En efecto, en este caso, la Mutua recurrida alega la falta de contradicción pues si bien reconoce la innegable similitud entre los supuestos, considera que la sentencia de contraste se dicta atendiendo a una doctrina jurisprudencial precedente y la sentencia recurrida lo hace basándose en otra posterior que la rectifica

impide entender que existe la identidad exigida cuando las dolencias no son las mismas, pues lo importante es que nos encontremos ante procesos morbosos que se manifiestan en un contexto parecido.

A la hora de establecer esa equiparación es evidente que hay elementos que tienen menos peso que otros y a este respecto poca trascendencia tiene lo que esté haciendo el trabajador en ese momento concreto, siempre y cuando esa actividad se pueda considerar razonable. Así, para el TS existe identidad sustancial entre dos situaciones en las que sendos trabajadores que conducen un camión sufren en un caso un infarto de miocardio y en el otro un derrame cerebral y no prestaban servicios en el momento concreto en el que acaece el suceso, pues en un caso se había hecho una parada para hacer un descanso y en el otro el trabajador estaba esperando a que el camión fuese cargado. Con esta descripción se podría entender que no hay ninguna coincidencia, salvo la relativa al tiempo de actividad desarrollada por los trabajadores, sin embargo para el TS las situaciones son sustancialmente iguales porque en los dos casos se trata de patologías que súbitamente sufren los trabajadores mientras se encuentran de viaje conduciendo un camión de la empresa, sin que la diferencia de la patologías sufridas tenga relevancia a estos efectos y sin que tampoco la tenga el motivo por el que el trabajador no estaba conduciendo en ese momento. Lo verdaderamente importante es que en los dos casos se trata de procesos morbosos que se presentan durante el desempeño de la tarea encomendada. El hecho de que en un caso el derrame cerebral se sufra mientras se hace un corto descanso en el trayecto y en el otro el infarto de miocardio se presente mientras se espera la carga del vehículo no desvirtúa la mencionada identidad porque lo relevante es que en ambos casos el suceso sobreviene mientras el trabajador se encuentra disponible, sea mientras realiza una parada, en un descanso de los previstos por el código de la circulación, por motivos biológicos o para cargar el vehículo (STS de 19 de julio de 2010, núm. rec. 2698/2009).

Como se puede observar, el TS no otorga importancia a efectos de identidad de supuestos a la actividad concreta a la que se dediquen los trabajadores cuyas situaciones se comparan, pues aunque sí es cierto que en aquellos casos en los que existe dicha coincidencia sí la esgrime como un argumento para

con cita de la dictada el 6 de marzo de 2007, sin embargo esta diferencia no es óbice para apreciar la igualdad sustancial de supuestos y la normativa legal aplicable, con independencia de su interpretación jurisprudencial. El TS recuerda en esta sentencia que para decidir acerca de si concurre o no el requisito de la contradicción es preciso partir de las bases de hecho y de los términos en que situó el debate en trámite de suplicación, en los dos litigios resueltos por las resoluciones comparadas; siendo relevante para la solución de la *litis*, que en los dos casos nos encontramos ante el mismo, esto es, muerte súbita, en el lugar y tiempo de trabajo, encontrándose ambos trabajadores prestando servicios para sus respectivas empresas. En concreto, se trataba de dos conductores de camión que fallecen en su cabina mientras descansaban.

reforzar el requisito de la identidad sustancial, en los que dicha coincidencia no existe no ha impedido apreciar la similitud pertinente apoyándose en esos casos en otros elementos del contexto, que ciertamente han de concurrir. A la vista de lo expuesto se podría afirmar que no existen criterios que a priori permitan calificar dos situaciones como sustancialmente idénticas, en realidad lo que se precisa es llevar a cabo un análisis de las circunstancias de los casos concretos susceptibles de ser comparados y transitar de lo más específico a lo más general en la búsqueda de elementos comunes que permitan sostener la sustancial identidad de la situaciones comparadas.

Una muestra clara de lo expuesto es la STS de 11 de febrero de 2014 (núm. rec. 42/2013) en la que solo hay dos coincidencias entre los casos comparados. De un lado, en los casos analizados se produce el accidente en misión mientras habían sido desplazados temporalmente por razón de su trabajo a un lugar diferente de aquel en el que habitualmente prestaban servicios laborales; y de otro, en los dos casos los trabajadores se encontraban descansando en la habitación del hotel cuando sufrieron un episodio que afectó seriamente a su salud. Para el TS el núcleo de la identidad está en esos dos elementos y nada importa que en un caso el trabajador haya sufrido un ictus isquémico y en el otro un infarto agudo de miocardio, ni que en un supuesto se iniciara una situación de Incapacidad Temporal y en el otro el trabajador falleciera, ni que las actividades que desarrollaban los trabajadores fueran distintas (uno era viajante y el otro ebanista). Lo relevante es que ambos episodios ocurren en una ciudad distinta de la del trabajo habitual a la que el trabajador se ha desplazado por razón de su trabajo y durante su tiempo de descanso en el hotel, en definitiva en los dos casos los trabajadores se encontraban fuera de su ámbito privado por exigencia del trabajo y esto es lo que las hace equiparables por lo que deberían tener la misma calificación. La misma batería de argumentos se mantiene en la STS de 16 de septiembre de 2013 (núm. rec. 2965/2012), en la que se contraponen dos situaciones en las que los trabajadores se desplazan ocasionalmente a lugares distintos de aquellos donde realizan habitualmente su trabajo y encontrándose en el lugar de trabajo sufren una enfermedad relacionada con el trabajo.

No ocurre lo mismo, en cambio, cuando la presencia de algún elemento adicional permite aquilatar un poco más la comparación e identificar elementos de diferenciación. A este respecto, se entiende que no existe la identidad exigida para admitir el recurso de casación en unificación de doctrina cuando nos encontramos ante trabajadores que encuentran la muerte mientras están desplazados por su empresa, en un caso como algo excepcional (director provincial del Insalud que presta servicios en Madrid y acude a una reunión en

Sevilla) y en otro porque el desplazamiento es innato al tipo de actividad (trabajador de un buque). En ninguno de los dos casos la muerte acaece mientras desarrollaban la actividad laboral, pues en un caso se produce mientras el trabajador descansa en el hotel y en el otro al caer al mar al intentar regresar al barco después de haber salido por asuntos propios. Hasta aquí las situaciones podrían considerarse sustancialmente idénticas a efectos de contradicción, sin embargo en uno de los dos casos concurrían circunstancias vinculadas al modo en que se desarrollaba la actividad que pudieron ser el detonante de la causa que provocó el fallecimiento del trabajador y en el otro no. En concreto, en la sentencia de contraste el trabajador sufría un fuerte estrés provocado porque la situación en el Insalud, tanto por razones políticas como administrativas, era «conflictiva, confusa, tirante y emocional», y como prueba de ello se acredita que el trabajador solo había disfrutado de ocho días de vacaciones, se había tenido que desplazar a Madrid y a Sevilla un total de 31 ocasiones y su jornada laboral era mucho más extensa de lo normal mientras que en la sentencia recurrida no concurría ninguna circunstancia como las descritas, diferencias que permiten concluir al Tribunal que en las sentencias comparadas se ha llegado a resultados diferentes y así ha de ser, pues no estamos ante pronunciamientos contradictorios «al ser distintos los datos de los que parte cada una de ellas» (STS de 24 de febrero de 2014, núm. rec. 145/2013).

6. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN EN LOS CASOS DE ENFERMEDAD/ACCIDENTE DE TRABAJO

Resulta obvio que padecer una enfermedad no es lo mismo que sufrir un accidente, sin embargo, en algunas ocasiones el padecimiento de ciertas enfermedades en el entorno de trabajo pueden ser calificadas como accidente de trabajo. El artículo 156.2 LGSS, bajo la rúbrica, concepto de accidente de trabajo, dedica hasta tres apartados a la enfermedad y a su posible calificación como accidente de trabajo. En concreto, se establece que «las enfermedades no susceptibles de ser calificadas como profesionales, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo, tendrán la consideración de accidente de trabajo». Asimismo, tendrán esa consideración «las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente» y por último «las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que

constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación, también serán calificadas como accidente de trabajo».

La interpretación extensiva por parte de la jurisprudencia del término «lesión», que menciona el artículo 156.1 LGSS como «todo menoscabo físico, psíquico o fisiológico que incida en la capacidad funcional de una persona», tal y como se define en la STS de 27 de octubre de 1992 ha supuesto la calificación de accidente de trabajo no solo de los supuestos en los que se producen traumatismos como consecuencia de actos súbitos o violentos, lo que vendría a ser el accidente propiamente dicho, sino también los producidos por enfermedades, que no tienen el carácter de profesionales. Así pues, las enfermedades de las que no se puede predicar el calificativo de profesionales, pero que se pueden producir como consecuencia de la realización del trabajo tendrán la consideración de accidente de trabajo, de acuerdo con el artículo 156.2.e) LGSS. En este caso será necesario acreditar la existencia de un nexo causal directo entre la lesión sufrida y el trabajo. Por otro parte, la letra f) del artículo 156.2 LGSS hace referencia al supuesto de enfermedades o defectos agravados por el accidente de trabajo en cuyo caso se precisa demostrar la efectiva influencia del ejercicio laboral en la aparición o agravación de la patología subyacente. Y por último, en la letra g) del artículo 156.2 LGSS se hace referencia a las enfermedades intercurrentes.

Como ya hemos visto, no resulta sencillo identificar con claridad los elementos que el TS tiene en cuenta a la hora de decidir si hay o no contradicción a efectos de admitir el recurso de casación para la unificación de doctrina en general, y menos lo es, como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, respecto de un concepto tan extenso y complejo como el de accidente de trabajo en el que la casuística puede ser muy variada. Hasta el momento hemos visto algunos casos en los que dicha contradicción se ha estimado en relación con supuestos en los que se discutía acerca de la existencia de un accidente de trabajo *in itinere*, de un accidente de trabajo en misión o en aquellos en los que se podía aplicar la presunción relativa al accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo. Precisamente, respecto de esta última cuestión hemos analizado situaciones en los que es la enfermedad la que provoca la lesión que, en su caso, pueda sufrir el trabajador en tiempo y lugar de trabajo.

Sin embargo, en otras ocasiones el suceso que se produce en el lugar de trabajo no es consecuencia de una enfermedad sino que dicho suceso agrava la enfermedad que el trabajador ya padecía y se plantea, en consecuencia, si las prestaciones susceptibles de ser reconocidas y vinculadas a esas dolencias se

derivan de contingencia común o de accidente de trabajo. La STS de 27 de octubre de 1992 (núm. rec. 1901/1991) es un claro ejemplo de la situación descrita y en ella se cuestiona la calificación como accidente de trabajo de una situación en la que debido a una caída en el lugar de trabajo se agrava la enfermedad que el trabajador padecía con anterioridad. En este caso y a efectos de contradicción lo importante es que la situación recurrida resulte similar a las producidas en las siete situaciones, que dieron lugar a las siete sentencias que se presentan como pronunciamientos de contraste y en las que se resuelven pretensiones coincidentes. Hay que destacar que en la sentencia recurrida, el trabajador sufría un proceso anterior de paraparesia crónica que podía agudizarse por cualquier traumatismo leve o brotar de manera espontánea. En este caso el trabajador al tomar un cajón de fruta pisó una piedra, perdió el equilibrio y cayó al suelo de espalda cuando ayudaba a cargar un camión. Se trata, a juicio del TS de un supuesto similar al que se describe en una de las sentencias de contraste pues el hecho de que en ese caso el padecimiento del trabajador fuera una miopía congénita era «puramente circunstancial e irrelevante». Los elementos comunes a tener en cuenta a efectos de contradicción eran que en los dos casos los trabajadores estaban prestando servicios cuando sufrieron una caída, en un caso, y un golpe en el otro que agravó las enfermedades que ya padecían, en un caso la paraparesia y en el otro la miopía.

Más evidente resulta para el TS la existencia de contradicción en un supuesto en el que el trabajador implicado en la sentencia recurrida y en la de contraste es el mismo. Además, los litigios que se plantean tienen el mismo origen y las lesiones y dolencias que se valoran son las mismas. Para el TS estas razones son suficientes para entender que estamos ante situaciones sustancialmente iguales, sin embargo en las sentencias dictadas en suplicación la contingencia sufrida había sido calificada de manera dispar. En concreto, el TS en su sentencia de 10 de julio de 2007 (núm. rec. 54/2006) trataba de esclarecer si el supuesto que tenía ante sí encajaba en alguno de los apartados del entonces vigente artículo 115.2 LGSS, que hacían referencia a la enfermedad como accidente de trabajo. En el caso enjuiciado había que analizar un supuesto de incapacidad temporal con un doble origen, pues de una parte había sido causada por unas lesiones derivadas de accidente de trabajo y de otra por dolencias producidas por enfermedad común. El TS afirma con rotundidad en esta sentencia que «todo proceso de Incapacidad Temporal es una realidad de contenido unitario, cuyos efectos se aplican de forma única e indiferenciada a toda la situación protegida, sin que sea posible establecer diferencias ni distingos en cuanto a su protección». En consecuencia, la enfermedad lumbar que sufría el actor, fue calificada como «enfermedad intercurrente», habida cuenta

que al ser una de las causas generadoras de la IT analizada modifica en su gravedad las consecuencias del accidente que había sufrido inicialmente al reforzar y hacer más vigorosa la incapacidad para el trabajo del actor, constituyendo, en definitiva, una complicación del proceso patológico del trabajador. El trabajador había presentado varias demandas que dieron lugar a dos pronunciamientos dispares del mismo Tribunal Superior de Justicia. En uno de ellos se entendía que la situación derivaba de accidente de trabajo y en el otro se afirmaba que la situación era consecuencia de una enfermedad común, sin que en este último caso se tuviera en cuenta la conexión con el accidente de trabajo que inicialmente había sufrido el trabajador y que había sido el desencadenante de varios procesos patológicos sufridos por el trabajador.

Situación similar a la anteriormente descrita es la que se plantea en la STS de 3 de julio de 2013 (núm. rec. 1889/2012) en la que se contraponen dos sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias respecto del mismo trabajador y en relación con una situación que tiene su origen en un accidente de trabajo. La sentencia recurrida contempla el caso de un obrero de la construcción que en marzo de 2010 sufrió un tirón en la zona lumbar mientras manejaba una perforadora en su puesto de trabajo. El trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal por accidente laboral hasta finales de mayo, pero esta dolencia motivó nuevas bajas laborales. En septiembre de ese año el trabajador estuvo de baja por la misma patología (lumbalgia), pero en esta ocasión se calificó como derivada de enfermedad común. El trabajador impugnó esta decisión y obtuvo una sentencia que la calificó como laboral. Este proceso de incapacidad temporal concluyó cuando la autoridad competente declaró que el trabajador no estaba afecto de incapacidad permanente, pronunciamiento que el trabajador impugnó, obteniendo una resolución en la que se le declara en situación de incapacidad permanente total, derivada de accidente laboral. La Mutua recurrió este pronunciamiento y el TSJ de Asturias lo estimó declarando que su situación de incapacidad permanente se derivaba de enfermedad común. Este pronunciamiento es el que se recurre en unificación de doctrina al considerar que hay una clara contradicción entre la primera sentencia del TSJ de Asturias y la segunda.

Con independencia de cuál haya sido la decisión del TS en este supuesto y centrando nuestra atención en los términos de la contradicción hay que traer a colación la doctrina reiterada del TS en virtud de la cual el término de referencia en el juicio de contradicción ha de ser necesariamente una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente. Por tanto, la identidad de la controversia se ha de establecer teniendo en cuenta los términos en los que se haya planteado el

debate en suplicación⁵²². La aplicación de esta doctrina obliga a estimar que las sentencias comparadas son contradictorias porque han resuelto de forma diferente la misma cuestión: el origen común o profesional de la baja laboral producida en septiembre. La sentencia recurrida aunque había admitido que la baja de marzo derivaba de accidente laboral, resolvió que la de septiembre derivaba de contingencias comunes porque se debía a la patología degenerativa previa que aquejaba al trabajador y no se había probado la existencia de un nexo causal de la misma con el trabajo, sin que pudiera jugar la presunción en favor de la laboralidad porque la lesión no se había manifestado en el trabajo, razón por la que, como la baja derivaba de enfermedad común no podía estimarse que la incapacidad permanente en la que desembocó la situación derivaba de accidente de trabajo. Por contra, la sentencia de contraste estimó que la baja laboral de septiembre derivaba de accidente laboral porque tenía su origen en el accidente laboral que había dañado su columna en marzo y sin que la patología previa en el raquis lumbar tuviese relevancia porque fue el accidente el que provocó la manifestación de una patología hasta entonces no limitativa, lo que sí permite aplicar la presunción que recoge el artículo 156.3 LGSS (115.3 en aquel momento).

En definitiva, en este caso el núcleo de la contradicción radica en la calificación de la baja de septiembre que terminó con la declaración de incapacidad permanente. Esa es la cuestión que las sentencias comparadas resolvieron de manera diferente y esta diferencia es en la que se apoya la contradicción que permite admitir el recurso, con independencia de que en un caso la prestación que se reclama se derive de incapacidad temporal y en otro de incapacidad permanente. Para el TS es claro que en el caso enjuiciado el origen de esas prestaciones debe ser el mismo por lo que sin que se trate de una modificación de hechos probados considera necesario unificar la calificación que se haya de otorgar al supuesto.

Numerosas son las sentencias en las que se aplica la presunción de accidente de trabajo a supuestos en los que el origen del accidente está en una enfermedad o dolencia que se manifiesta en tiempo y lugar de trabajo. Se trata de enfermedades tales como el infarto de miocardio, la crisis cardiaca, la hemorragia cerebral, la cardiopatía isquémica derivada de angina de pecho, la hipoxia cerebral con parada cardiorespiratoria, la epilepsia o los problemas gástricos de entidad. En estos casos opera la presunción de laboralidad que se

⁵²² Así se afirma en SSTs de 13 de diciembre de 1991 (núm. rec.771/91), de 5 de junio y 9 de diciembre de 1993 (núm. rec. 241/92 y 3729/92), de 14 de marzo de 1997 (núm. rec. 3415/96), de 16 y 23 de enero de 2002 (núm. rec. 34/01 y 58/01), de 26 de marzo de 2002 (núm. rec.1840/00), de 25 de septiembre de 2003 (núm. rec. 3080/02) y de 13 de octubre de 2004), entre otras.

podrá romper si se acredita la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo, ya sea porque se trate de una enfermedad que excluya la etiología laboral ya sea porque se pueda romper el nexo causal con el trabajo. Ahora bien, ha de quedar claro que si en los supuestos que se contraponen y respecto de los cuales se pretende predicar la sustancial identidad que se requiere para unificar la doctrina se constata la existencia de hechos probados diferentes, de tal manera que en un caso existen pruebas claras sobre la desconexión de la dolencia del trabajador con la actividad laboral que permiten concluir que se dan los elementos necesarios para que no opere la presunción de laboralidad del accidente, y en otro caso no hay datos que permitan entender roto dicho nexo causal entre la actividad laboral y la dolencia por lo que se considerará aplicable la presunción de laboralidad del accidente, no es posible admitir la contradicción.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que resulta necesario que haya coincidencia en las pretensiones y esta no existe si en un caso el actor pretende con carácter único, que la incapacidad temporal que le fue reconocida por contingencias comunes lo sea por accidente de trabajo y en el otro se pretenda el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta por accidente de trabajo y con carácter subsidiario el reconocimiento de una incapacidad permanente total derivada de contingencia común (ATS de 24 de enero de 2012, núm. rec. 2896/2011).

Situación similar es la que se plantea en la STS de 27 de febrero de 2008 (núm. rec. 2716/2006), en la que se contrapone la calificación otorgada por los tribunales a dos supuestos en los que dos trabajadores sufren una crisis epiléptica que les provoca su caída y un traumatismo craneoencefálico. Mientras que en la sentencia recurrida se excluye la calificación de accidente de trabajo, en la de contraste se considera que sí lo es. Y aunque ciertamente existen diferencias en las circunstancias laborales de los trabajadores afectados, pues uno es jardinero y el otro es oficial de primera de la construcción, así como en las consecuencias del suceso, pues en uno el trabajador fallece y en el otro la situación desemboca en una incapacidad permanente total, se trata de diferencias intrascendentes para la cuestión que se somete a debate y que no es otra que la calificación de la situación como accidente de trabajo o como enfermedad común de la situación sufrida, por lo que el TS considera que concurre la suficiente identidad que justifica que se les dé la misma respuesta.

Por el contrario en la STS de 19 de mayo de 2015 (núm. rec. 3002/2013) en dos supuestos aparentemente muy parecidos, el TS consideró que no podía admitirse la existencia de contradicción porque aunque las pretensiones eran las mismas y algunas circunstancias también lo eran, había un elemento dife-

renciador que impedía concluir que las situaciones eran sustancialmente idénticas. En el caso que dio lugar a la sentencia nos encontramos con un trabajador que presta servicios en turno de noche como vigilante de las 00,00 horas a las 08,00 horas. Cuando llega al vestuario el trabajador sufrió un episodio de ictus cerebral del que fue atendido en el mismo lugar por el servicio de emergencias 112. Iniciada incapacidad temporal, la dolencia culminó en declaración de gran invalidez, derivada de accidente de trabajo, pero esa calificación fue recurrida por la entidad aseguradora y en suplicación se revocó. Este pronunciamiento fue recurrido en unificación de doctrina, oponiéndose como sentencia de contraste una dictada por el TS en 2012 que tiene como base los siguientes hechos. Un trabajador llega al centro de trabajo en autobús para iniciar su actividad en el turno de las 22.00, el trabajador había fichado a las 21,35, a las 21,41 horas y se había dirigido a los vestuarios. A las 21,50 se desvaneció y a las 00,05 horas falleció en el hospital. Aparentemente, las dos situaciones descritas eran prácticamente iguales y mientras en una de ellas se consideró que no se había producido un accidente de trabajo en la otra se entendió sí porque el trabajador ya había fichado y se encontraba en el vestuario para cambiarse de ropa y proveerse de los EPIS. Para el TS las situaciones son diferentes y no se requiere unificación de doctrina porque mientras que en un caso el tiempo previo a la incorporación al puesto de trabajo y transcurrido en el vestuario no era «tiempo muerto», pues se empleaba para hacerse con los EPIS, en el otro sí y esta diferencia justifica una calificación diferente.

7. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN Y EL RECARGO DE PRESTACIONES

El recargo de prestaciones es una figura vinculada a la prevención de riesgos y a las contingencias profesionales. No es el momento de analizar su discutida naturaleza jurídica sobre la que mucho se ha escrito, tampoco es el momento de analizar las numerosas sentencias en las que se han resuelto problemas jurídicos vinculados a la operatividad de esta figura⁵²³. Siguiendo con el tema que nos ocupa, nos centraremos en el análisis de la contradicción y cómo ha sido entendida a la hora de admitir el recurso de casación en unificación de doctrina en aquellos supuestos en los que se discute el reconocimiento del recargo.

⁵²³ Entre otras, SSTS de 2 de octubre de 2000 (núm. rec. 2392/1999), de 14 de febrero de 2001 (núm. rec. 130/2000), de 9 de octubre de 2001 (núm. rec. 159/2001) o STS de 21 de febrero y de 22 de octubre de 2002 (núm. rec. 2239/2001 y 526/2002, respectivamente).

La tarea del TS unificando la doctrina respecto del concepto de accidente de trabajo ha sido importante en cuanto al número de supuestos analizados a la par que compleja, pues cabe afirmar que todavía lo es más cuando lo que se pretende unificar son los elementos que han de concurrir para reconocer la posibilidad de imponer un recargo de prestaciones, que, como se sabe, va unido al incumplimiento de medidas de prevención de riesgos. Si ya en relación con el concepto de accidente de trabajo no es fácil apreciar la existencia de situaciones sustancialmente idénticas que merezcan la aplicación de la misma doctrina y, en consecuencia, un tratamiento similar, mucho menos lo es cuando nos encontramos ante la necesidad de concretar si dicho accidente es consecuencia de un incumplimiento de medidas de prevención de riesgos que justifican la imposición del recargo de prestaciones. De hecho, a priori se podría llegar a pensar que en esta materia resulta prácticamente imposible encontrar-nos ante situaciones sustancialmente idénticas porque en ella concurren numerosos y variados factores que lo impiden. Sin embargo, como el TS no considera preciso que exista una completa identidad entre situaciones sino una sustancial identidad el alto Tribunal ha ido identificando los elementos nucleares de esta figura cuyo reconocimiento se discute desechando los elementos sobrantes con el fin de identificar las circunstancias esenciales susceptibles de ser comparadas.

A la hora de imponer el recargo es preciso saber si ha habido incumplimiento de las medidas de prevención, de tal manera que la insuficiencia de datos sobre la forma en que se produjo el accidente de trabajo puede determinar por el juego de la presunción de inocencia que no se pueda reconocer el recargo porque dicha insuficiencia impide contemplar con el alcance necesario la relación de causalidad entre el incumplimiento y el accidente. Ciertamente, al ser diferentes las circunstancias de cada accidente, los datos para construir la relación de causalidad también lo son, pero si se conoce el hecho del accidente, la caída de un andamio en un caso y la descarga eléctrica, en otro; las circunstancias de riesgo en la ejecución del trabajo, ausencia de barandilla en un supuesto y fijación del andamio y defectos en la señalización y de bloqueo de la puerta de la cabina, en el otro. Y por último, el enlace causal entre estos hechos tiene similar evidencia es claro que las situaciones son sustancialmente idénticas, pues el TS con una mirada más elevada fija su atención en la concurrencia de tres elementos, un accidente, un incumplimiento de la normativa de prevención y la correspondiente relación de causalidad entre uno y otro⁵²⁴.

⁵²⁴ Así en la STS de 21 de febrero de 2002 (núm. rec. 2328/2001) se dice con carácter general que con arreglo a la nutrida doctrina de la Sala (Sentencias de 5 de mayo de 1999, de 30 de abril de 2001 y

Así, en la STS de 26 de mayo de 2009 (núm. rec. 2304/2008) se confrontan dos situaciones que pese a ser parecidas, en ambos casos nos encontramos ante un accidente laboral ocasionado por la caída de una máquina que debía estar suficientemente sujeta a un lugar seguro presentan algunas diferencias. Así en la sentencia recurrida se desconoce la causa física por la que falló el anclaje y en la de contraste la máquina rozadora –con un peso de seis a ocho toneladas–, no tenía ningún tipo de anclaje. Sin embargo, esta diferencia no tiene trascendencia porque lo que importa es buscar una identidad que podríamos denominar cualificada en la medida en que es específica de la situación que se discute, que no es otra que el reconocimiento del recargo de prestaciones a cuyos efectos lo que tiene verdadera trascendencia es si existe un incumplimiento empresarial en materia de seguridad en el trabajo y una relación de causalidad entre el accidente y la ausencia de medidas. Y a estos efectos los elementos comunes que tienen trascendencia son que tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste se conocen las causas del accidente de trabajo sufrido por los trabajadores mineros: caída del anclaje de una máquina, y desplazamiento de la máquina rozadora, respectivamente, pero se desconoce cómo sucedió y ese es el punto en común (mientras en la recurrida se presume una deficiente instalación al fallar simultáneamente las cuatro puntas de anclaje, en la de contraste se presume que fue el propio trabajador accidentado el que movió la máquina, movimiento que pudo realizar al carecer de anclaje), junto al otro elemento clave cual es que en ambos casos ha habido una omisión de medidas de seguridad, tanto generales como específicas. Dicho de otro modo, y esto es en lo que se apoya el TS para entender que las situaciones son sustancialmente iguales a pesar de existir diferencias, en ambos casos un adecuado anclaje de la máquina hubiera evitado el accidente y la ausencia de dicho anclaje se debe en los dos casos al incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos.

Nos encontramos ante una materia en la que es mucho más difícil, si cabe, apreciar la existencia de contradicción porque encontrar sentencias sus-

de 22 de enero de 2002) «la valoración de supuestos casuísticos y circunstanciales no es materia propia del recurso de casación para la unificación de doctrina» y esto es lo que sucede con la determinación de si ha existido o no una infracción de normas de seguridad e higiene. Como se afirma en la sentencia «si en cualquier caso no es tarea sencilla encontrar una sentencia que, comparada con la recurrida, demuestre una sustancial identidad en hechos, fundamentos y pretensiones, las dificultades para acreditar aquellas identidades adquieren una particular dimensión cuando se trata de ponderar comportamientos condicionados por la concurrencia de particulares circunstancias que determinen si son o no merecedores de algún reproche; y esto sucede con frecuencia cuando se imponen incrementos en las prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad que provocan un accidente de trabajo, ya que no en todos los casos se exigen las mismas medidas de seguridad ni en la provocación del accidente influye de la misma manera la omisión por parte del empresario de dichas medidas de seguridad».

ceptibles de ser contrastadas en las que los hechos resulten sustancialmente idénticos es una misión casi imposible y ello porque los factores a tener en cuenta son muchos y cualquiera de ellos puede diferir lo que impediría predicar la sustancial identidad requerida y más si el accidente de trabajo se deriva de una situación de acoso laboral como ocurre en la STS de 14 de febrero de 2012 (núm. rec. 1535/2011) que desestima el recurso de casación en unificación de doctrina por falta de contradicción porque aunque las situaciones que se contraponen son parecidas, en los dos casos se da una situación de acoso laboral, se concluye que las similitudes no son suficientes y dicha deficiencia se apoya por una parte en el distinto tipo de actividad de las trabajadoras, en un caso se trataba de una limpiadora y en el otro de una persona que prestaba sus servicios en el departamento de contabilidad. Aquí sí se tiene en cuenta ese dato, cuando como vimos en el supuesto anterior no es una cuestión decisiva a qué se dediquen los trabajadores, pues lo que determina la imposición de un recargo es la falta de medidas de prevención de riesgos, en este caso medidas frente al acoso.

A esta diferencia el TS añadió otra, que consideró decisiva, y podríamos resumir en el nivel de implicación de la empresa para luchar frente a la situación de acoso. Como en un caso la empresa conocía las quejas suscitadas frente a quien acosaba a la trabajadora y adoptó algunas medidas, entre otras, su traslado. Pero en la sentencia de contraste, los hechos suceden en el área próxima a la dirección de la empresa, pues la persona a la que se atribuyó la actitud, el comportamiento de acoso laboral, era el Director Administrativo de la misma, en dependencia de la propia entidad, lo que suponía una actitud de tolerancia, consentimiento o participación empresarial muy directa, que condujo a que se apreciara la ausencia de medidas de protección en la salud de la trabajadora y la existencia de relación de causalidad entre la actitud empresarial y el resultado, situación que no se daba en la sentencia recurrida y que para el TS marca la diferencia entre un caso y otro e impide considerar que las situaciones son sustancialmente idénticas. En definitiva, y como de manera muy resumida se indica en la STS de 14 de julio de 2006 (núm. rec. 2610/2005) existe una clara falta de identidad sustancial de hechos, ya que los contemplados en cada una de ellas son distintos, pues la actividad realizada por cada uno de los trabajadores afectados era distinta, así como la forma en que se produjo cada uno de los accidentes de trabajo, que condujo en la recurrida a concluir que no existía nexo de causalidad entre el accidente y el resultado⁵²⁵.

⁵²⁵ En concreto se entiende que existe una clara falta de identidad sustancial de hechos, ya que los contemplados en cada una de ellas son distintos, como resulta de lo relacionado en anteriores fundamen-

En la STS de 15 de octubre de 2014 (núm. rec. 3164/2013) se estimó el recurso de casación en unificación de doctrina al considerar que existían suficientes identidades en los supuestos que se confrontaban y que era el de una empleada de Fomento de Construcciones y Contratas que se encargaba de la limpieza en la zona de máquinas en la Fábrica de Moneda y Timbre, máquinas que no debía limpiar, pues había recibido información y formación específica verbal y escrita en materia de seguridad con especial advertencia de no limpiar las máquinas que eran limpiadas por los maquinistas de la fábrica, debiendo limitar la limpieza al exterior del perímetro vallado que aislaba la maquinaria, manteniendo una distancia prudencial. La Sala razona que las circunstancias del accidente han quedado acreditadas y que no ha habido infracción en materia de riesgos laborales que sean causa o consecuencia inmediata del accidente de la trabajadora, que habiendo recibido formación específica y particular advertencia de no tocar, ni limpiar, ni acercarse al lugar del accidente, tuvo que sortear varios obstáculos para situarse debajo del ascensor montacargas que bajaba en el momento en que ella se agachó a recoger algo que se encontraba en el suelo y no ha quedado especificado por lo que se concluye que no existe relación de causalidad entre el accidente producido y la conducta de la empresa en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y no se confirma la imposición del recargo.

La sentencia de contraste que se aporta en el recurso fue emitida por el TS el 30 de junio de 2008 (núm. rec. 4162/06) y las circunstancias del caso que aquí se analizan son para el TS suficientemente idénticas a las que dieron lugar a la STS de 15 de octubre de 2014 (núm. rec. 3164/2013) motivo por el cual en esta última se admite el recurso de casación para la

tos; no solo la actividad realizada por cada uno de los trabajadores afectados era distinta, sino también lo era la forma en que se produjo cada uno de los accidentes de trabajo, que condujo en la recurrida a concluir que no existía nexo de causalidad entre el accidente y el resultado, considerando el comportamiento del trabajador a todas luces improcedente y causa directa del accidente, y no la falta de formación del operario, anulando el recargo y negando que este se pueda fundar en preceptos genéricos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, negando que existieran infracciones concretas de medidas de seguridad, ni órdenes del empresario al operario de trabajar como lo hizo. En la sentencia de contraste, en cambio, se llega a la solución contraria de mantener el recargo al considerar que existió relación de causalidad entre el accidente y su resultado por falta de adopción de medidas de seguridad, ya que cuando se realizaba por el trabajador la operación de puesta a punto del troquel en la prensa el motor no estaba parado ni bloqueada la puesta en marcha, llevándose a cabo la misma con el motor en marcha y con el sistema de accionamiento del pedal seleccionado, lo que provocó que por el accionamiento involuntario, por una de las personas que intervenían en los trabajos, se produjera la bajada del carro móvil que motivó el siniestro, lo que pudo evitarse, se añadía, si el superior jerárquico que auxiliaba al trabajador, hubiera impedido que se operara en situaciones de riesgo intrínseco como los que allí concurrían, lo que condujo a la desestimación del recurso de suplicación de la empresa.

unificación de doctrina y además, sea dicho de paso, se estima. Las circunstancias que dieron lugar a la sentencia de 2008 eran las siguientes: un peón de limpieza fallece mientras limpiaba una zona en la que no debía haber tensión eléctrica, siendo el encargado de comprobar dicho extremo el jefe de equipo, que era el encargado de indicar al trabajador la zona exacta en la que debía desarrollar su actividad. El trabajador sí había recibido la información y la formación preventiva pertinente sin embargo en el momento y en el lugar en el que estaba realizando su labor la empresa no había delimitado correctamente la zona de trabajo ni se había señalado debidamente que permanecía en tensión, motivo por el cual se consideraba procedente imponer el recargo de prestaciones. La pregunta que cabe hacerse es si realmente las circunstancias descritas son sustancialmente idénticas, puesto que mientras en un caso la trabajadora había incumplido las normas que establecían que no debía limpiar las máquinas en el otro no se producía esa situación, diferencia a nuestro juicio trascendente, pero que en cambio para el TS no lo es porque la razón de decidir de la sentencia de contraste no es únicamente la aplicabilidad o no de la presunción de inocencia en medidas de seguridad y recargos prestacionales, sino el nexo causal entre las condiciones en que se ejecutaba el trabajo y la producción del accidente, nexo causal que se niega en la sentencia recurrida y, en cambio, se reconoce en la de contraste.

Como se puede comprobar, el TS parte de la existencia de hechos diferenciales, pero entre los cuales ha de existir cierta identidad, que existe cuando en las situaciones que se comparan se pueden encontrar elementos comunes, tal y como ocurre en la STS de 28 de febrero de 2019 (núm. rec. 508/2017) en la que se contraponen dos casos en los que sendos trabajadores estaban reparando al aire libre tendidos eléctricos bajo las órdenes del jefe de equipo nombrado por la empresa empleadora o por la empresa a la que estaban cedidos por su empleadora. Además, en los dos casos el accidente ocurrió porque el jefe del equipo no cumplió con las medidas de seguridad establecidas, en un caso por no cortar la tensión de la red y en otro por dar una orden sin cerciorarse de que la tensión se había cortado. Y por último, en los dos casos fue declarada la negligencia del jefe de servicio mediante sentencia firme. Para el TS existe una clara identidad entre las circunstancias descritas y sin embargo el fallo de los tribunales competentes para resolver sendos casos había sido distinto, pues en un caso la sentencia recurrida había dejado sin efecto la resolución del INSS que impuso el recargo y en el otro la sentencia de contraste lo había considerado procedente.

8. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO

La protección que dispensa el ordenamiento jurídico a las personas que sufren un accidente de trabajo o a sus familiares no se limita a las prestaciones de seguridad social que, en su caso, puedan corresponder. En efecto, con el objetivo de reparar en su totalidad el daño producido cabe la posibilidad de reclamar judicialmente una indemnización adicional por daños y perjuicios, materia en la que concurren numerosas variables.

El TS ha analizado diversas cuestiones relacionadas con las condiciones que han de concurrir para tener derecho a recibir este tipo de indemnización, algunas de carácter procedimental y otras relacionadas con aspectos de carácter sustantivo en interpretación de la normativa correspondiente. Por lo que se refiere a la primera cuestión, y en relación con la existencia de contradicción a efectos del recurso de casación en unificación de doctrina, merece la pena mencionar el Auto de 23 de febrero de 2012 (núm. rec. 2727/2011) que da respuesta a un supuesto en el que se discute cuál es el orden jurisdiccional competente para resolver acerca de la posibilidad de obtener este tipo de indemnización por parte de un trabajador autónomo del sector del transporte que sufrió un accidente de trabajo mientras prestaba servicios. En esta ocasión el TS no pudo entrar a conocer del fondo del asunto porque el recurso no fue admitido ya que las situaciones que se contraponían no eran sustancialmente iguales, a pesar de que en una primera aproximación a las circunstancias del caso se podía pensar que sí existían algunos elementos comunes, pues en los dos casos se estaba ante trabajadores por cuenta propia en el sector de la construcción. Sin embargo, en un caso se pudo acreditar la existencia de una relación de laboralidad, mientras que en el otro no, y esa diferencia impedía admitir el recurso y entrar a valorar si el trabajador que había sufrido el accidente tenía derecho a una indemnización adicional por daños. Para el TS las situaciones descritas no eran sustancialmente idénticas, de hecho eran sustancialmente diferentes.

Estamos ante una materia en la que la relación de hechos probados que contengan la sentencia recurrida y la de contraste cobra una especial importancia, pues si los hechos probados son diferentes las situaciones lo serán y por tanto la unificación de doctrina no tendrá justificación. En este sentido el TS es claro, como pone de manifiesto en su sentencia de 3 de noviembre de 2016 (núm. rec. 3582/2014) en la que justifica la desestimación del recurso al concurrir en el caso unas diferencias que para el TS son muy evidentes, pues

mientras en la sentencia recurrida los trabajadores que habían sufrido el accidente habían sido formados e informados de los riesgos y la empresa tenía un protocolo de actuación para hacer frente a las averías de la maquinaria, en la sentencia de contraste, tras terminar la instalación eléctrica en el interior del hueco de una plataforma de montaje de un ascensor, empleados de otra empresa preguntaron al trabajador accidentado y a su encargado si habían finalizado los trabajos, a lo que el encargado respondió que sí, pero posteriormente dio instrucciones al trabajador para que continuase su trabajo estando la plataforma de montaje abierta e introduciendo el accidentado el brazo en el hueco de la plataforma que en ese momento estaba siendo utilizada por los operarios de la otra empresa.

Resulta claro que hay grandes diferencias entre un supuesto y otro, de acuerdo con una novedosa expresión empleada por el TS a la hora de valorar si concurren las condiciones para admitir el recurso de casación en unificación de doctrina, se da una «disparidad trascendente» entre las situaciones comparadas. Esta «disparidad trascendente», que se contrapone a la «sustancial identidad», es la que justifica la desestimación del recurso en la STS de 18 de diciembre de 2014 (núm. rec. 3303/2013) en la que se discutía el derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo y respecto de la cual resulta especialmente interesante extraer los criterios que ha valorado el TS para superar el test de contradicción al margen de las circunstancias concretas que concurrían en el caso. Para el TS es preciso tener en cuenta, en primer lugar la experiencia de los accidentados, que en un caso era de varios años y en el otro de cuatro meses. En segundo lugar, lo que denomina las coordenadas del accidente o, en otras palabras, en lo que estaban haciendo los trabajadores y cómo lo estaban haciendo cuándo se produjo el accidente, lo que provocó en un caso la electrocución del trabajador y en el otro una caída en altura. En tercer lugar, es preciso valorar la conducta de los trabajadores, que tampoco resultaba comparable porque en un caso el trabajador había actuado de manera contraria a como se le había indicado en la formación recibida y en el otro el trabajador actuó en cumplimiento de las órdenes del empleador. En cuarto lugar, para el TS resulta especialmente importante analizar las diferencias existentes respecto de la normativa aplicable en un caso y otro. Y por último, el Tribunal se centra en los equipos empleados por los trabajadores, pues mientras en un caso el trabajador utiliza una herramienta deficiente pese a que la empresa le había facilitado útiles adecuados, en el otro la causa del siniestro radicaba en una falla del material aportado por la empresa.

Como se puede comprobar, cinco son los aspectos en los que se apoya la valoración del TS por más que concurriesen otras circunstancias cuyo análisis fue desechado porque no formaban parte del núcleo de lo que debía ser analizado. Al amparo de la comparación de estos elementos, tras superar el filtro de contradicción el TS concluyó que los hechos a los que se pretendía aplicar la misma doctrina eran heterogéneos por lo que no se podía considerar cumplido el requisito de contradicción que resulta preceptivo de acuerdo con la LRJS.

A la misma conclusión se llega en la STS de 19 de diciembre de 2017 (núm. rec. 1653/2016) en la que se afirma que la desigualdad entre los hechos de la sentencia recurrida y los de la de contraste determina que no haya doctrina contradictoria que necesite de unificación porque en las situaciones que se habían contrapuesto sí se estaban aplicando los mismos criterios, pero lógicamente se había llegado a resultados diferentes porque los hechos en uno y otro supuesto diferían de manera relevante. Es por ello que mientras la sentencia referencial llegaba a la conclusión de que no existían indicios de culpabilidad o negligencia empresarial, la sentencia de contraste estimó la pretensión del trabajador y condenó a la empresa a abonar la oportuna indemnización por daños y perjuicios porque sí constaba que la causa del accidente se había debido a una situación de riesgo comprobado, la existencia de suelo resbaladizo y mojado, que implicaba un incumplimiento empresarial de la normativa sobre seguridad en los lugares de trabajo.

En la misma línea, se sitúa la STS de 24 de febrero de 2014, núm. rec. 732/2013, relativa a una indemnización por daños y perjuicios derivados de una intoxicación durante el trabajo que se califica como accidente laboral y en la que el recurso de casación en unificación de doctrina es desestimado porque los perjuicios a indemnizar en la sentencia de contraste y en la recurrida eran diferentes, y por tanto también lo eran los términos de la comparación. Situación que se repite en la STS de 2 de noviembre de 2017 (núm. rec. 3256/2015) en la que se afirma que no hay doctrina contradictoria que deba ser unificada, porque las sentencias que se contraponen, en realidad, han aplicado el mismo criterio, tanto en las exigencias de la carga de la prueba, como en la necesidad de identificar algún tipo de negligencia en la actuación empresarial, pero si han llegado a resultados diferentes ha sido porque los elementos relevantes a los efectos de imputar responsabilidad y reconocer el derecho a una indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo eran muy diferentes en uno y en otro supuesto.

Del mismo modo, se desestima el recurso de casación en unificación de doctrina en la STS de 4 de abril de 2017 (núm. rec. 2590/2015) en la que después de afear la conducta de quien lo plantea por descomponerlo artificialmen-

te para dar cabida a tres sentencias de contraste, alegando tres motivos de recurso cuando en realidad solo había uno, se desestimó por falta de contradicción por ser distintas las circunstancias en que se habían producido los accidentes, por ser diferentes las medidas de prevención adoptadas, así como las características y el estado de las máquinas que se estaban empleando cuando aquéllos se produjeron. Además, en uno de los casos el trabajador accidentado contaba con un elevado número de años de experiencia, llevaba la protección oportuna y, en definitiva, no se había podido atribuir a la empresa un incumplimiento de la normativa preventiva. Sin embargo, en el otro se trataba de un aprendiz de muy reciente contratación al que se le había encomendado una labor que no le correspondía y para la cual no se le había ofrecido formación preventiva alguna. Para el TS mientras en el primer caso el accidente había sido fruto de algo imprevisible, en el segundo había sido fruto de la imprevisión por lo que las situaciones no eran comparables y la respuesta que se diera a cada una de ellas no tenía necesariamente que coincidir.

Por último, cuando lo que se discute es la responsabilidad de la compañía aseguradora a la hora de hacer frente a una reclamación indemnizatoria derivada de un accidente de trabajo sufrido por un trabajador que no había sido dado de alta en la seguridad social y que no aparecía expresamente mencionado en la póliza de seguros, sí se entiende que las situaciones son sustancialmente iguales si en los dos supuestos que se contraponen se afrontan reclamaciones indemnizatorias derivadas de la concurrencia de riesgos cubiertos por pólizas de seguro por parte de sendos trabajadores que han sufrido un accidente de trabajo sin estar dados de alta, alta que en los dos casos se produce después de ocurrir el siniestro y con independencia de que como consecuencia de ello uno de los trabajadores haya sido declarado en situación de incapacidad permanente total (en la sentencia de contraste) y el otro en situación de gran invalidez (en la sentencia recurrida) (STS de 12 de noviembre de 2019, núm. rec. 2356/2017).

Como podemos observar, es esta una materia en la que la dificultad para estimar la contradicción es más intensa. Hemos podido comprobar como para hacerlo el TS al buscar la identidad fáctica, cuya inexistencia da lugar a la desestimación de los recursos al no existir doctrina susceptible de ser unificada, tiene muchos más obstáculos porque también son muchos los elementos a considerar más allá del relativo a cómo se produjo el accidente. En concreto es preciso tener presente otras variables, tales como las medidas de prevención adoptadas por las empresas, la formación en materia de prevención recibida por los trabajadores, el grupo profesional al que estaban asignados o las características y el estado de la maquinaria empleada o el de los EPIS que pudieran estar empleando, entre otras.

9. OTROS ASUNTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Para finalizar este capítulo, vamos a dedicar este epígrafe si quiera brevemente a algunos temas de seguridad social respecto de los cuales en algunos casos ha resultado imposible acceder al recurso de casación en unificación de doctrina, precisamente por la dificultad de apreciar la existencia de situaciones sustancialmente idénticas que requieran de la labor unificadora del TS. Así, cabe mencionar la dificultad existente en materia de reconocimiento de la prestación de incapacidad, ya sea temporal o permanente, de la prestación de viudedad, de la prestación de desempleo, las prestaciones en favor de familiares, la prestación por nacimiento de hijo o el reconocimiento de complemento a mínimos. No obstante, también ha de quedar claro, que no se puede afirmar de manera tajante que estos no son temas en los que encontrar situaciones sustancialmente idénticas resulte imposible y prueba de ello son las sentencias dictadas en unificación de doctrina en las que sí se ha entrado en el fondo del asunto y, en definitiva, se ha entendido superado el filtro de la contradicción.

El TS nos ha recordado que si los hechos no son sustancialmente iguales no habrá contradicción, y en materia de incapacidad permanente no lo son si en un caso en el que se solicita el reconocimiento de una incapacidad permanente derivada de un accidente de trabajo se presenta una situación en la que no se acredita, ni siquiera indiciariamente la existencia de comportamientos empresariales que revelen una específica conducta de maltrato o abuso que constituyan causa directa del trastorno psicológico en el que se apoya la solicitud del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente, mientras que en la sentencia que se impugna sí se ha acreditado que las modificaciones realizadas en el puesto de trabajo y que afectan a las funciones de la demandante, reduciendo sus atribuciones, así como el cambio del lugar de trabajo que pasa a ser compartido, desencadenan la patología psíquica que la aqueja (ATS de 4 de mayo de 2010, núm. rec. 3989/2009). Tampoco lo son si se solicita el reconocimiento de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo y se contraponen dos situaciones, una que tiene su origen en una situación de conflictividad laboral, pero sin que se haya podido acreditar ni siquiera indiciariamente la existencia de comportamientos empresariales que supongan abuso o maltrato a la trabajadora, y otra en la que un episodio ocurrido en el trabajo desencadena en el trabajador la enfermedad psíquica por la que acaba siendo declarado en situación de incapacidad permanente habiendo quedado plenamente acreditado el nexo de causalidad entre el incidente y la dolencia

padecida que da lugar a la incapacidad permanente (ATS de 18 de julio de 2006, núm. rec. 324/2005).

La misma falta de contradicción que nos encontramos cuando se discute si una situación de incapacidad temporal que tiene su origen en una situación de acoso puede ser considerada como accidente de trabajo cuando se contraponen dos situaciones, una en la que no se ha acreditado que una situación laboral haya sido la causa del trastorno psicológico sufrido por la trabajadora y otra, en cambio, en la que se han producido hasta tres cambios en el tipo de trabajo desarrollado por la actora a lo largo de tres años, sin que conste que existieran agentes externos al trabajo que pudieran causar su estado de ansiedad, entendiéndose acreditada la existencia de un nexo causal directo e inequívoco entre el mal sobrevenido y la ejecución del trabajo porque de los hechos declarados probados se desprende que la enfermedad de la actora tenía por causa exclusiva la ejecución del trabajo (ATS de 4 de diciembre de 2014, núm. rec. 439/2014).

Si en relación con la prestación de incapacidad permanente se discuten aspectos relacionados con su cálculo, tampoco se admitirá el recurso de casación en unificación de doctrina si no existe una relación precisa y circunstanciada de los términos de la contradicción (ATS de 14 de diciembre de 2017, núm. rec. 2237/2016 y de 21 de noviembre de 2018, núm. rec. 1528/2018); así como si las dos sentencias mantienen la misma tesis a la hora de calcular la base reguladora sobre la que se calcula la prestación (ATS de 28 de enero de 2009, núm. rec. 342/2008). Tampoco se admitirá si los hechos y las cuestiones suscitadas no son iguales, tal y como ocurre en un supuesto en el que se solicita el reconocimiento de la situación de gran invalidez o subsidiariamente de incapacidad permanente absoluta y se comparan sentencias en las que se abordan cuestiones diferentes. En efecto, en un caso se reconoce a la actora la necesidad de otra persona porque alcanza 15 puntos en el baremo que resulta aplicable de acuerdo con la normativa foral y en la sentencia recurrida se reconoce a la demandante el grado II de dependencia severa. A esta diferencia se suma la inexistencia de divergencia doctrinal, otro de los requisitos que han de concurrir para admitir el recurso de casación en unificación de doctrina por cuanto la doctrina del pronunciamiento que se recurría no se oponía a la establecida por el TC en la sentencia que se aportaba como contradictoria (ATS de 12 de diciembre de 2017, núm. rec. 1927/2017). O con la que, en su caso, había unificado el TS, no existiendo ningún motivo que justificase su rectificación, tal y como se afirma en el ATS de 29 de octubre de 2013, núm. rec. 1361/2013 respecto de un supuesto en el que se solicitaba el reconocimiento de la incapacidad permanente total para la profesión habitual.

La compatibilidad de la recepción de prestaciones y la obtención de una retribución es otra de las cuestiones que se ha planteado ante el TS en unificación de doctrina y respecto de la cual en algunas ocasiones no se ha entendido existente la contradicción. La STS de 29 de octubre de 2019 (núm. rec. 2296/2017) es una prueba clara de ello en la que se discute si resulta compatible la prestación que corresponde a una incapacidad permanente total con la retribución a la que tiene derecho el actor por su cargo de Vicealcalde en régimen de exclusiva dedicación. En esta ocasión el TS inadmitió el recurso porque consideraba que las sentencias contrapuestas no eran contradictorias, pues mientras en la recurrida la prestación cuya compatibilidad se discutía era la correspondiente a una incapacidad permanente total, en la designada como referencial la trabajadora tenía reconocida una incapacidad permanente absoluta. El TS en esta ocasión y pese a reconocer que en ninguna de las sentencias comparadas se cuestiona la compatibilidad de las dolencias padecidas en cada caso con el ejercicio del cargo electo, le da especial importancia al hecho de que se parte de calificaciones distintas que determinan la aplicación de un régimen jurídico diferente y atienden a requerimientos distintos, que hacen que el punto de partida sea distinto y, en consecuencia, el recurso deba ser desestimado.

Sin embargo, en materia de jubilación en algunos casos la existencia de contradicción es muy clara al ser las situaciones sustancialmente iguales y los pronunciamientos judiciales diferentes. Así, en la STS de 23 de octubre de 2019 (núm. rec. 20170/2017) en la que se discute el derecho de una trabajadora a cobrar una pensión de jubilación española habiéndosele reconocido también una pensión de jubilación en Suiza, se identifican con claridad los elementos comunes que permiten calificar las situaciones como sustancialmente idénticas. En efecto, en los casos que se contraponen se trata de solicitantes de pensión de jubilación al amparo de los Reglamentos comunitarios que vieron desestimada su solicitud en vía administrativa por no acreditar el requisito de carencia específica de dos años de cotización en los últimos quince años. Igualmente en los dos supuestos comparados las actoras percibieron subsidio de desempleo para mayores de 52 años, período que se ha considerado por las dos sentencias como período de paréntesis. En los dos casos las actoras acreditaban determinadas cotizaciones en España, así como cotizaciones en diferentes países de la Unión Europea (Reino Unido en la sentencia de contraste y Suiza en la recurrida), sin embargo obtuvieron una respuesta diferente que se fundamenta en una interpretación diferente de las normas que resultaban de aplicación y que eran las mismas, lo que obliga a la Sala a unificar.

Del mismo modo, en la STS de 5 de noviembre de 2019 (núm. rec. 1610/2017) en la que se discute acerca de cómo se reparten las responsabilida-

des entre la empresa y el INSS cuando ha habido falta de alta y cotización y por ese motivo no se acreditan suficientes cotizaciones para acudir a la jubilación anticipada con 62 años. En esta sentencia y específicamente en relación con la contradicción, el TS diferencia entre elementos fácticos nucleares y accesorios, siendo estos últimos los que no introducen diferencias que desvirtúan el núcleo esencial de la contradicción doctrinal existente y considera que los supuestos son sustancialmente iguales.

Otro tema en materia de seguridad social es la renta activa de inserción y el derecho a su obtención, que ha sido objeto de unificación a través del recurso de casación en unificación de doctrina recientemente en dos sentencias de octubre de 2019. Una de ellas de 15 de octubre y otra de 29 (núm. rec. 1145/2017 y 424/2017, respectivamente), en las que se sigue la doctrina fijada en la STS de 16 de enero de 2018 (núm. rec. 882/2017) en la que también se entendió que había contradicción. Estas sentencias son especialmente interesantes respecto del tema que nos ocupa porque, al igual que ocurriera en la sentencia de 2018, en ellas se considera que sí hay contradicción aunque no lo sean por las explicaciones acerca de los motivos para admitir el recurso. El asunto de fondo era determinar cómo debían computarse los ingresos de la solicitante de la renta activa de inserción a los efectos de su obtención. En concreto, cómo debían computarse los ingresos derivados de la tenencia de bienes inmuebles urbanos que no constituían la vivienda habitual de la solicitante y no se encontraban arrendados. Específicamente la duda era si debía hacerse aplicando al valor catastral un porcentaje equivalente al 100% del interés legal del dinero (en el caso concreto se trataba de un 3,5%) o atendiendo a la renta imputable fiscalmente a ese inmueble a efectos del IRPF, que en el caso concreto era el 1,1% del valor catastral. En efecto, en esta sentencia se afirma que existe contradicción, pero ni siquiera se hace mención a los términos de la comparación que la justifican. En el caso, el Servicio Público de Empleo había interpuesto el recurso de casación en unificación de doctrina, y el Ministerio Fiscal había emitido un informe en el que se consideraba que el recurso era procedente y se aportaba como sentencia de contraste una del TSJ de Madrid, pero no se justificaba siquiera brevemente los motivos por los que se considera admisible el recurso.

Más clarificadora a este respecto es la STS de 15 de octubre de 2019 (núm. rec. 1145/2017) en la que se discute si para acceder a la renta activa de inserción deben incluirse en el cómputo de rentas de la unidad familiar las de la pareja del solicitante con la que se tiene un hijo en común que convive con ambos. En este caso se presentaba como sentencia referencial una del TSJ de Madrid de 2013 en la que se resolvía sobre un subsidio por desempleo por cargas familiares, que había sido denegado a una persona que convivía con una

hija en una casa de su propiedad en la que también estaba empadronado su pareja, que además era el padre de su hija. El Ministerio Fiscal en este caso entendía que el recurso debía ser inadmitido por la falta de identidad de situaciones, en un caso se discute el derecho a obtener una RAI y en el otro una prestación por desempleo. Sin embargo para el TS lo que hace que las situaciones sí sean idénticas es el hecho de que en ambos casos se esté cuestionando el concepto de unidad familiar y si en ella debe considerarse la pareja de hecho cuando existe un hijo en común que convive con ellos. Y además, no considera relevante que en el caso de la sentencia recurrida no constase «que el hijo sea común de la pareja cuando no se dice nada al respecto en dicha sentencia que ponga de manifiesto que el hijo no es común».

Para el TS el dato clave es que aunque se trate de prestaciones diferentes se refieren a la misma protección, el desempleo, y aunque las normas aplicables sean diferentes y los preceptos también, su contenido es el mismo. En consecuencia, el TS admite el recurso pues las situaciones son sustancialmente iguales y requieren una misma respuesta, que por otra parte es la misma que se fijó en la STS de 17 de octubre de 2018 (núm. rec. 3600/2016) en la que se discutía la misma cuestión. En esta ocasión, la contradicción era todavía más clara, pues entre la sentencia recurrida y la de contraste concurrían las identidades exigidas por la norma procesal aplicable. En concreto, en ambos supuestos se trataba de trabajadores demandantes de subsidio por cargas familiares, que convivían de hecho con una pareja que tenía ingresos, planteándose si se debían computar dichos ingresos para determinar el importe de la renta de la unidad familiar.

En relación con la protección por desempleo y específicamente con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años en el ATS de 15 de marzo de 2006 (núm. rec. 2013/2005) se cuestiona si la cantidad obtenida por el rescate de un plan de pensiones computa a los efectos de obtener el subsidio mencionado, asunto que no se pudo discutir porque no había contradicción entre las sentencias comparadas, pues los hechos y las cuestiones debatidas eran diferentes. Mientras en la recurrida se discutía el cómputo de la cantidad obtenida por el rescate de un plan de pensiones, en la sentencia de contraste el objeto de debate era si se computaba una cantidad abonada en concepto de beneficio asistencial, según se le atribuyera naturaleza extrasalarial o se considerase como una renta. En el mismo sentido se entendió que no había contradicción porque no existía identidad en las pretensiones en la STS de 3 de marzo de 2016, núm. rec. 19/2015 en la que en un caso se solicita la prestación por desempleo y en el otro el reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes. Otro elemento importante al que el TS también se refiere en esta sentencia

es la naturaleza de las causas alegadas en cada caso, de modo que si en un caso se trata de un hecho impeditivo (incompatibilidad entre el subsidio solicitado y la incapacidad permanente total) y en otro de un hecho excluyente de la pretensión (una situación de prescripción) no se puede hablar de situaciones sustancialmente idénticas, con independencia de que haya o no interés casacional.

Otro tema a tratar en materia de seguridad social es el disfrute de los complementos por mínimos respecto de los cuales se ha unificado la doctrina relacionada con diferentes aspectos de su regulación, pero respecto de la cual también se ha denegado en numerosas ocasiones el acceso al recurso de casación por unificación de doctrina debido a la ausencia de contradicción. Así ocurre cuando se discute cómo calcular el complemento por mínimos respecto de una pensión de jubilación prorrateada, esto es, respecto de una prestación en la que un porcentaje de la pensión procede del Estado español y otra parte procede de un Estado extranjero y respecto de una pensión de jubilación que se obtiene con base a cotizaciones españolas (ATS de 28 de abril de 2009, núm. rec. 2427/2007). O cuando se pretenden comparar doctrinas abstractas, lo cual está vedado al recurso de casación en unificación de doctrina, pues como se sabe es preciso que concurren situaciones sustancialmente idénticas, que no se dan si en un caso se discute la reducción del 40% legalmente previsto a los rendimientos del capital mobiliario derivados de planes de pensiones y en la de referencia se pretende una reducción que se refiere a los ingresos del capital inmobiliario, en concreto a los gastos derivados del alquiler de un local que está subarrendado, todo ello a los efectos de determinar el derecho a completar una pensión de jubilación (ATS de 27 de mayo de 2009, núm. rec. 248/2009). Contradicción que tampoco concurre por falta de identidad sustancial cuando en un caso se pretende obtener el derecho al complemento por mínimos de la pensión de jubilación y en el otro se discute si procede una pensión de viudedad por accidente de trabajo (ATS de 3 de diciembre de 2009, núm. rec. 2025/2009)⁵²⁶.

Ahora bien, sí concurre la identidad sustancial requerida cuando se pueden extraer ciertas similitudes, tal y como ocurre en la STS de 23 de octubre de 2019 (núm. rec. 2158/2017) en la que se contraponen dos situaciones protagonizadas por pensionistas que reciben en un caso una pensión de incapaci-

⁵²⁶ Tampoco se entiende existente la contradicción exigida por contraponer situaciones totalmente diferentes en el ATS de 25 de marzo y de 10 de noviembre de 2010 (núm. rec. 3878/2009 y 1090/2010, respectivamente), ATS de 4 y de 11 de octubre de 2012 (núm. rec. 623/2012 y 4147/2011, respectivamente), ATS de 16 de abril de 2013 (núm. rec. 2349/2012), ATS de 1 de octubre de 2014 (núm. rec. 680/2014), ATS de 14 de mayo y 14 de julio de 2015 (núm. rec. 3427/2014 y 1405/2014, respectivamente), ATS de 8 de septiembre y de 23 de noviembre de 2016 (núm. rec. 236/2015 y 432/2016, respectivamente), ATS de 21 de junio de 2017 (núm. rec. 2727/2016) y de 11 de junio de 2019 (núm. rec. 4499/2018).

dad permanente absoluta reconocida por la seguridad social suiza y que se complementa con una renta procedente de un fondo de pensiones que su empleadora suiza había suscrito y en el otro una pensión de jubilación procedente de la seguridad social francesa en la que se distingue una de carácter básico y otra complementaria. Lo que se discute en el caso es si la renta procedente del fondo y la prestación complementaria han de computarse a efectos de generar el derecho al complemento por mínimos a cargo de la seguridad social española. Ciertamente, podría entenderse que las situaciones no son sustancialmente idénticas porque en un caso el elemento cuestionado es una renta procedente de un fondo suscrito por la empleadora y en el otro una pensión complementaria procedente de un sistema de seguridad social. Sin embargo, para el TS esta diferencia no es relevante a efectos de apreciar la contradicción porque lo que hay que decidir es si deben computarse los ingresos percibidos de una entidad extranjera en razón de la actividad laboral realizada en otro país por lo que podemos inferir que a efectos de contradicción no importa la naturaleza de dichos ingresos.

También concurre la sustancial identidad cuando nos encontramos beneficiarios de la pensión de jubilación que perciben complementos a mínimos, revisados por el INSS, y se les obliga a reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas como consecuencia del rescate de un plan individual de pensiones, que se abona de una sola vez mediante una cantidad a tanto alzado. En los dos supuestos que se contraponen el rescate se había producido antes del 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la modificación introducida en el artículo 50 LGSS, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y el problema que se ventilaba era el de si el capital recuperado debía ser computado en su totalidad como renta a efectos del límite de ingresos fijado para el reconocimiento del derecho al mencionado complemento (STS de 9 de marzo de 2018, núm. rec. 1042/2016). Asimismo, se reconoce la existencia de contradicción en la STS de 11 de octubre de 2017 (núm. rec. 3911/2015) en la que en dos casos similares trataba de ventilarse cómo debía llevarse a cabo el cálculo del complemento por mínimos en relación con sendas pensiones de viudedad reconocidas a prorrata en función del tiempo de convivencia con el causante y el criterio que se había aplicado para ello difería.

No es este el momento de realizar un análisis de todos y cada uno de los numerosos pronunciamientos del TS en los que a través del recurso de casación en unificación de doctrina se ha ido configurando la doctrina judicial acerca de los complementos a mínimos, pero lo que sí podemos concluir es que no es esta una materia que tenga vedada la posibilidad de acudir al recurso que nos ocupa,

la clave es que nos encontremos ante situaciones que tengan interés casacional y que además resulten sustancialmente idénticas, lo que, como ya hemos podido comprobar, requiere que al menos haya un elemento común, cual es que se discutan cuestiones relacionadas con esta modalidad de complemento y que además también se comparta el problema concreto que se discute.

La prestación de viudedad y su reconocimiento es otro de los temas objeto de unificación de doctrina por parte del TS, aunque en numerosas ocasiones el TS ha estimado la inexistencia de interés casacional y de contradicción al no encontrarnos con situaciones sustancialmente idénticas porque, entre otras razones, no se litigue sobre la misma cuestión⁵²⁷ o en la sentencia referencial no se cuestione lo pretendido en la sentencia recurrida (ATS de 11 de marzo de 2009, núm. rec. 1883/2008 y ATS de 21 de diciembre de 2010, núm. rec. 1040/2010)⁵²⁸. Tampoco resultan sustancialmente idénticas aquellas situaciones en las que aunque se discuta la obtención de la misma prestación, una pensión de viudedad, en un caso se cumplen los requisitos exigidos por la norma (STS de 23 de octubre de 2019, núm. rec. 4024/2017)⁵²⁹ o por la jurisprudencia y en el otro no,

⁵²⁷ Con rotundidad se afirma en el ATS de 9 de junio de 2015 (núm. rec. 413/2015) en el que se discutía un asunto en el que se pretendía determinar cómo se calcula el complemento a mínimos de una pensión de viudedad prorrateada entre la viuda y la excónyuge del causante en el que el TS afirmó que: «la cuestión litigiosa resuelta en la sentencia de referencia no guarda relación alguna con la de autos». O en el ATS de 17 de octubre de 2017 (núm. rec. 175/2017) en el que se afirma que no concurren las identidades que exige la normativa correspondiente «toda vez que las razones de decidir de las dos resoluciones son muy distintas». En la sentencia de contraste el TS se plantea si en el caso debe mantenerse la eficacia de la cosa juzgada o por el contrario debe prevalecer sobre la fuera de esta presunción legal tradicional el derecho a la igualdad, todo ello en atención al cambio jurisprudencial habido en la materia con posterioridad al dictado de la sentencia en la que se debatía la prestación de incapacidad solicitada por el actor. Mientras que en la sentencia de contraste lo debatido por la actora era la fecha de efectos de la nueva base reguladora reconocida por el INSS para su pensión de viudedad alegando al efecto los preceptos sustantivos reguladores de la pensión de viudedad, y sin referencia alguna, incluso negando, que se hubiera producido un cambio jurisprudencial.

⁵²⁸ En el primer Auto, en la sentencia recurrida lo que se pedía era que la base reguladora fuera el cociente que resulta de dividir por 28 la suma de las bases de cotización de los 24 meses anteriores, pero con elección no dentro de los 15 años anteriores al hecho causante, sino dentro de los 15 años anteriores a la fecha en la que se dejó de cotizar. Sin embargo, en la sentencia de contraste no se discutía que debían tenerse en cuenta las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la fecha en que se dejó de cotizar, sino que tomadas estas cotizaciones por el INSS a los efectos de determinar la base reguladora se actualicen. En el segundo Auto no se podía apreciar contradicción porque mientras en la sentencia de contraste constaba que la actora había contraído con el causante matrimonio civil y canónico en el extranjero, estribando el problema en que el matrimonio no se hallaba inscrito en el Registro Civil; en la sentencia recurrida el causante figura en el Registro Civil como casado, lo que impedía el reconocimiento de pareja de hecho con la demandante.

⁵²⁹ En la sentencia recurrida se hacía expresa referencia a que no se fijaba pensión compensatoria a favor de la esposa ni tampoco pensión de alimentos a favor de los hijos. En cambio, en la sentencia de contraste, si bien no consta pensión compensatoria a favor de la esposa, sí se fijan una serie de obligaciones dinerarias a cargo del causante, a favor de la hija, para gastos ordinarios y extraordinarios a ingresar en la cuenta corriente de la esposa. Por otro lado, si bien en ambos supuestos, a partir del divorcio se estu-

lo que justifica que los pronunciamientos puedan ser diferentes (ATA de 1 de julio de 2014, núm. rec. 3215/2013)⁵³⁰ o cuando las situaciones presentan diferencias que obligan a resolver los casos de manera diferente (STS de 25 de noviembre de 2013, núm. rec. 2797/2012, STS de 10 de febrero de 2015, núm. rec. 125/2014 y ATS de 14 de marzo de 2019, núm. rec. 3393/2018)⁵³¹. Del mismo modo, no concurre la contradicción exigida cuando incluso se discute el derecho a la misma prestación, la de viudedad, y se debate sobre el mismo tema, la aplicación a la prestación de viudedad de la prorrata en atención al tiempo de convivencia, cuando en un caso hay más de una beneficiaria y en el otro no (ATS de 28 de junio de 2017, núm. rec. 342/2017)⁵³². O aquellas otras en las que en la sentencia recurrida se discute acerca del derecho a una pensión de viudedad cuando no se ha pactado pensión compensatoria y, en cambio, en la sentencia de contraste la viuda es acreedora indiscutible de una pensión compensatoria (ATS de 10 de septiembre de 2014, núm. rec. 55/2014)⁵³³. En fin, para el TS no hay contradicción cuando tras un divorcio ha habido una reconci-

vo ingresando a favor del excónyuge unas cantidades cuyos conceptos se desconocen, resulta que en la sentencia recurrida esos ingresos datan de fecha anterior al divorcio y se mantienen a la fecha de firma del convenio regulador sin obligaciones de alimentos para con los hijos, lo que no sucede en la sentencia de contraste en donde los pagos arrancan de la situación de un divorcio con obligación de alimentos hacia los hijos, lo que justifica el distinto pronunciamiento sobre el alcance que pudieran tener esos ingresos del causante en la cuenta corriente de la excónyuge.

⁵³⁰ En el caso de la sentencia recurrida no se cumplía el requisito de que entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la del fallecimiento hubiera transcurrido un período de tiempo no superior a 10 años, lo que sí se acreditaba, en cambio, en la sentencia de contraste. Por la misma razón se desestima el recurso de casación en el ATS de 25 de octubre de 2017 (núm. rec. 1464/2017).

⁵³¹ En la sentencia recurrida que da lugar al Auto del TS de marzo de 2019 se había presentado la demanda de divorcio contencioso el 8 de mayo de 2007, pero la sentencia de divorcio se había dictado el 10 de marzo de 2008, con posterioridad al 1 de enero de 2008, por lo que entiende la Sala que no se cumple el requisito de que el divorcio se hubiera producido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Sin embargo, en la sentencia de contraste no se planteaba dicha controversia, ya que el matrimonio había finalizado por sentencia de divorcio de 29 de julio de 2003. En el caso de la STS de 2015 se contraponen dos situaciones de las que no se podía predicar la identidad requerida porque aun tratándose en los dos casos de parejas de hecho en las que uno de sus miembros solicitaba la pensión de viudedad, mientras en la sentencia de contraste la pensión se reconocía una vez acreditada la convivencia sin que resultase necesario presentar la inscripción como pareja con dos años de antelación, pues el causante había fallecido tres meses después de la entrada en vigor de la norma que imponía ese requisito, en la sentencia recurrida no concurría esa circunstancia

⁵³² En efecto, en los dos casos se debatía si procedía aplicar a la pensión de viudedad la prorrata en atención al tiempo de convivencia cuando no existe más que una beneficiaria de la misma, pero mientras que en la sentencia de contraste a la actora, casada con el causante al tiempo del fallecimiento, se le reconoce pensión de viudedad por el importe total correspondiente a la misma, siendo modificado dicho importe con posterioridad por concurrir con la primera esposa del finado, fallecida la exesposa, la actora reclama el abono de la cantidad total que le fue inicialmente reconocida; en la sentencia recurrida se trata de una única beneficiaria, divorciada en su día del causante, a la que se le ha reconocido la pensión a prorrata del tiempo de convivencia, sin que consten otros datos adicionales relevantes como en la sentencia de contraste.

⁵³³ En el caso que da lugar a la sentencia recurrida se había renunciado al percibo de la pensión compensatoria al no lograrse un pacto debido a la situación de violencia de género que sufría la recurrente, mientras que en la sentencia de contraste la viuda sí venía percibiendo una pensión compensatoria.

liación y en un caso se ha comunicado al Juzgado competente y en el otro no (STS de 30 de octubre de 2012, núm. rec. 212/2012).

10. CONCLUSIONES

Como es sabido, el recurso de casación en unificación de doctrina tiene un carácter extraordinario, sin embargo su interposición va en aumento. Tal y como se indica en la Memoria del TS del año 2018, fue a partir de 2016, cuando comenzaba a estabilizarse el número de recursos de casación ordinaria interpuestos en la sala cuarta del TS, que previamente había llegado a multiplicarse por cuatro, cuando comenzó el sustancial incremento de los recursos de casación para unificación de doctrina. En el año 2018 el número total de recursos (casación y casación para la unificación de doctrina) ascendió a 5510, casi 500 más que en el año 2017, continuando así con la inercia del incremento en el registro de unos 500 recursos más al año.

Desde que el recurso de casación en unificación de doctrina se introdujera en nuestro ordenamiento jurídico, son numerosas y variadas las materias que en el ámbito laboral y de seguridad social se han ido unificando a través de su interposición. No obstante, se suele afirmar y el propio TS así lo hace que existen ciertas materias que no son propias de este recurso, pero a lo largo de este capítulo hemos podido comprobar que esta afirmación no se puede sostener respecto de la materia de accidente de trabajo, cuya regulación se ha visto completada de manera especialmente importante por los pronunciamientos del TS dictados tras la interposición de los pertinentes recursos de casación para unificación de doctrina tras la superación del correspondiente test de contradicción, lo que pasa por la identificación previa de la sustancial identidad entre situaciones. Por otra parte, hemos comprobado que la materia de seguridad social tampoco está vedada al recurso de casación para unificación de doctrina y que son muy variados los aspectos objeto de unificación.

Cierto es que esta tarea resulta especialmente compleja en una materia en la que las circunstancias concurrentes pueden ser tan variadas que se impone la necesidad de fijar criterios que *a priori* permitan conocer cuando nos encontramos ante situaciones sustancialmente idénticas o, en otras palabras, ante situaciones respecto de las cuales la divergencia no es trascendente, pero esa no es una tarea sencilla porque referirnos a sustancialidad y a trascendencia nunca lo es.

El análisis de un importante número de sentencias y autos del TS nos ha permitido extraer o, en realidad, intuir algunas pistas para identificar situaciones sustancialmente idénticas que a modo de presupuesto comparten un ele-

mento, cual es haber sufrido un accidente. Su posterior calificación como accidente de trabajo o accidente no laboral por parte del TS constituye precisamente el objeto del recurso y obliga al TS a trascender de lo específico y concreto hacia categorías más generales con el fin de identificar aquellos elementos que son nucleares en la contradicción, desechando aquellos otros cuyo carácter es accesorio.

La concreción de esa labor resulta muy compleja, pues pese a la reiteración de criterios y la posibilidad de fijar cierta tendencia en su aplicación se ha podido comprobar que en algunas ocasiones dichos criterios no se tienen en cuenta, probablemente por la concurrencia de alguna circunstancia específica que impide su aplicación o tal vez por otros motivos, pero lo que sí es cierto es que el TS no siempre es suficientemente claro a la hora de compartir las razones que le han llevado a estimar la existencia de identidad y la consiguiente situación de contradicción que da acceso al recurso.

Lo que sí se puede afirmar con rotundidad es que para el TS las secuelas del accidente y la consiguiente prestación a la que se pueda tener derecho, los lugares donde acaece el accidente o el tipo de actividad que se estaba llevando a cabo cuando éste se produce, no han de ser idénticos para entender que las situaciones que se contraponen lo son. En este sentido, y como ya se ha puesto de manifiesto, son numerosas las ocasiones en las que ninguna de estas circunstancias coincide y ello no ha impedido estimar la existencia de contradicción, lo que permite afirmar que, al menos respecto de la calificación de un accidente como laboral, lo que se examina es, en realidad, la situación en su conjunto. En cambio, y de manera específica en relación con el recargo de prestaciones o las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo sí parece buscarse la coincidencia de elementos concretos individualmente considerados, lo que dificulta el acceso al recurso. Apreciación que consideramos también es posible compartir respecto de los aspectos de seguridad social que, a modo, de primera aproximación se han identificado en el último epígrafe de este trabajo.

CAPÍTULO IX

LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIAS NO SUSCEPTIBLES DE SUPPLICACIÓN Y LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. *El acceso a los recursos en el orden social y el carácter extraordinario del recurso de suplicación.*—2. *La unificación de doctrina en materias no susceptibles de suplicación.*—3. *El juego de la afectación general como vía de acceso al recurso de suplicación respecto de sentencias irrecurribles.*—4. *La supuesta irrecurribilidad de las sentencias dictadas en la modalidad especial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.*—5. *La posible recurribilidad de las sentencias dictadas a través de la modalidad especial de clasificación profesional.*—6. *Las sentencias dictadas en la modalidad especial de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente y su posible acceso a suplicación.*—7. *Materias excluidas de acceso al recurso de suplicación a las que se le acumula una pretensión de tutela de derechos fundamentales.*

1. EL ACCESO A LOS RECURSOS EN EL ORDEN SOCIAL Y EL CARÁCTER EXTRAORDINARIO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

El acceso a la segunda instancia en el orden social no constituye un derecho constitucional garantizado por el artículo 24 CE, a diferencia de lo que sucede en

el orden penal. El Tribunal Constitucional ha rechazado, en reiterada jurisprudencia, que pueda encontrarse en la Constitución «ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos». Así, ha distinguido «sin sombra de duda doctrinal» la doble vertiente que contiene el artículo 24.1 CE, integrada tanto por el derecho de acceso al proceso, como por el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos.

El primero garantiza el acceso a la jurisdicción en busca de protección, a través de una respuesta judicial, que es «el núcleo de la tutela»⁵³⁴ y, por lo tanto, disfruta de naturaleza constitucional. Por el contrario, el derecho a los recursos y, por lo tanto a seguir manteniendo viva la controversia, «se difiere a las leyes». Así, el sistema de recursos «se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal»⁵³⁵.

Así pues, sería posible «en abstracto» que dichos recursos no existieran o, como así sucede en el orden social, «condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos» cuyo establecimiento y regulación «en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador»⁵³⁶. Dado que el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial que, en las sucesivas fases, «es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías»⁵³⁷. No existe un imperativo o mandato constitucional de una segunda instancia «tampoco, y esto es un dato relevante, cuando en el objeto del litigio tenga un protagonismo central la posible vulneración de derechos fundamentales»⁵³⁸.

Igualmente que corresponde a los tribunales ordinarios la interpretación de los requisitos procesales y de los supuestos en los que proceden los recursos, sin que corresponda al Tribunal Constitucional revisar sus decisiones en la

⁵³⁴ En este sentido, la STC 37/1995, de 7 de febrero, recoge, por primera vez, esta posición reiterada y estable que diferencia la tutela constitucional de otras vertientes u otros derechos contenidos en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

⁵³⁵ Así lo indican, entre otras, las sentencias TC 140/1985, de 21 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo y 106/1988, de 8 de junio.

⁵³⁶ STC 3/1983, de 25 de enero.

⁵³⁷ Así se han manifestado, entre otras, las sentencias STC 3/1983, cit.; 294/1994, de 7 de noviembre y 149/2016, de 19 de septiembre.

⁵³⁸ STC 149/2016, de 19 de septiembre.

vía de amparo, salvo «cuando se haya producido una denegación de la admisión a trámite del mismo arbitraria, irrazonable, *intuitu personae*, o incurriendo en error patente»⁵³⁹. En estos supuestos, el Tribunal Constitucional no analizará las normas procesales en juego, sino «si la interpretación dada en el caso es compatible con el derecho fundamental» de que se trate⁵⁴⁰.

Así pues, aunque la mayor parte de las resoluciones dictadas por los juzgados y tribunales del orden social son recurribles, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) limita considerablemente tanto las posibilidades de acceso a los recursos existentes, como la capacidad de actuación del superior jerárquico que resuelva el recurso⁵⁴¹. En este sentido, la LRJS prevé la posibilidad de recurrir las sentencias dictadas por los órganos de instancia ante sus superiores jerárquicos, ya sea en suplicación ante la Sala de lo Social del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, cuando el órgano *a quo* fuese un Juzgado de lo Social, o bien a través del recurso de casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵⁴², cuando la sentencia de instancia proceda, a su vez, de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional. Pero, debido a la limitación objetiva, así como de las causas que permiten su impugnación, estos recursos de suplicación y casación –tanto si se trata de la casación ordinaria como de la unificación de doctrina– se configuran por la LRJS como extraordinarios y tradicionalmente sujetos a una interpretación muy restrictiva⁵⁴³.

Son muy numerosas las sentencias que han unificado doctrina sobre los requisitos que han de concurrir para que determinadas sentencias puedan tener acceso al recurso de suplicación. Esta cuestión es relevante desde el momento

⁵³⁹ SSTC 128/1998, de 16 de junio; 65/2002, de 11 de marzo; o 167/2003, de 29 de septiembre, entre otras.

⁵⁴⁰ SSTC 149/2015, de 6 de julio y 149/2016, de 19 de septiembre.

⁵⁴¹ «La interpretación de los requisitos procesales y supuestos en que, conforme a la ley, proceden los recursos corresponde a los Tribunales ordinarios, no debiendo este Tribunal Constitucional revisar sus decisiones en la vía de amparo más que cuando se haya producido una denegación de la admisión a trámite del mismo arbitraria, irrazonable, *intuitu personae*, o incurriendo en error patente (Sentencias STC 128/1998, de 16 de junio; 65/2002, de 11 de marzo; o 167/2003, de 29 de septiembre, entre otras). No se trata, por tanto, «de interpretar las normas procesales en juego, sino de ver si la interpretación dada en el caso es compatible con el derecho fundamental» a la tutela judicial efectiva (SSTC 149/2015 y 149/2016, ambas *cits.*).

⁵⁴² Véase MARTÍNEZ MORENO, C., «Recurso de Casación», en AA.VV., *Memento Práctico Procedimiento Laboral 2017-2018*, Francis Lefevre, p. 1406.

⁵⁴³ En palabras de la STS de 15 de abril de 1999 (Rcud. 1606/1998): «la ley ha querido mantener dentro de un marco selectivo compatible con el principio de celeridad que inspira el proceso laboral y que no podría garantizarse con una apertura indiscriminada de los recursos extraordinarios a la práctica totalidad de las resoluciones judiciales. De ahí la necesidad de establecer un criterio riguroso, uniforme y claro en esta materia que pueda proporcionar una orientación eficaz para la práctica».

en el que el recurso de casación para la unificación de doctrina solo procede contra las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 218 LRJS)⁵⁴⁴. *Sensu contrario*, han sido excluidas de la casación en unificación de doctrina tanto las sentencias dictadas por otras salas distintas a la Sala de lo Social⁵⁴⁵, o de distinto orden jurisdiccional⁵⁴⁶, o que hubieran sido dictadas por un Tribunal Superior de Justicia en fase de instancia, pero no en suplicación⁵⁴⁷.

Por lo tanto, resulta esencial determinar si una sentencia puede ser recurrida o no en suplicación. De su recurribilidad dependerá su futuro acceso al recurso para la unificación de doctrina que, en su caso, será también requisito previo al recurso de amparo, si se denuncia la lesión de algún derecho fundamental⁵⁴⁸. Dada la evidente relevancia de esta cuestión, el Tribunal Supremo ha venido admitiendo que, en el marco del recurso de casación para la unificación de doctrina⁵⁴⁹, pueda examinarse de oficio la cuestión del acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía o de la modalidad procesal, dado que «el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación»⁵⁵⁰.

Este examen procedería aun en el caso de que entre la sentencia recurrida y la aportada como de contraste no concurra la contradicción requerida habitualmente por este recurso. Al tratarse de una cuestión que afecta al orden público procesal y a la propia competencia funcional de la Sala, esta no queda vinculada por la decisión que se haya adoptado previamente sobre el acceso a suplicación, ni por lo que sobre ello pudieran haber alegado las partes. Ello es así porque tal cuestión «no afecta solo al recurso de unificación de doctrina del que se esté conociendo en ese momento, sino que se proyecta sobre la compe-

⁵⁴⁴ Un exhaustivo análisis del funcionamiento del recurso de casación para la unificación de doctrina en GARCÍA MURCIA, J., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una primera aproximación», *CEF-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 435, 2019, pp. 139-146.

⁵⁴⁵ STS de 4 de mayo de 2011 (Rcud. 89/2010).

⁵⁴⁶ STS de 17 de mayo de 2018 (Rcud. 3598/2016).

⁵⁴⁷ Sí se ha permitido, en cambio, que una sentencia dictada en fase de instancia por un Tribunal Superior de Justicia sea tenida en cuenta como sentencia de contraste en un recurso de casación para la unificación de doctrina, siempre y cuando dicha sentencia hubiera adquirido firmeza y produzca efectos de cosa juzgada (STS de 16 de junio de 2015, Rcud. 608/2014, que rectifica la doctrina anterior a la entrada en vigor de la LRJS, mantenida por la STS de 1 de junio de 2011, Rcud. 3069/2006).

⁵⁴⁸ SSTC 152/1994, de 23 de mayo; 318/1994, de 28 de noviembre; 3/1995, de 10 de enero y 190/2001, de 1 de octubre.

⁵⁴⁹ DESDENTADO BONETE, A., *La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso de revisión*, en Nogueira Guastavino, M. y García Becedas, G. (Dirs.), «Lecciones de Jurisdicción Social», Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), p. 753.

⁵⁵⁰ En este sentido, véanse SSTC de 10 de noviembre de 2011 (Rcud. 4312/2010), de 5 de diciembre de 2012 (Rcud. 109/2011) y de 28 de noviembre de 2011 (Rcud. 742/2011), entre otras.

tencia de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo»⁵⁵¹. Es doctrina reiterada que «cuando el objeto del recurso de casación unificadora se circunscribe a aspectos estrictamente procesales la exigencia de las identidades de artículo 219 LRJS no hay que entenderla referida a la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto, sino a la controversia planteada respecto de la cuestión procesal, siendo preciso que concurra en ese extremo la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas»⁵⁵².

El acceso al recurso de suplicación no se hace depender de la exclusiva voluntad de las partes litigantes, sino que se condiciona al cumplimiento simultáneo de dos condiciones. La primera de ellas subordina el acceso al recurso de suplicación a que concurra alguna de las causas expresa y taxativamente señaladas a tal efecto en el artículo 193 LRJS: a) infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión; b) error en los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; y c) infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Como segunda condición, se exige que la propia LRJS reconozca el carácter recurrible en suplicación de dicha sentencia, de acuerdo con lo indicado por los extensos artículos 191 y 192 LRJS.

Con carácter general, el artículo 191.1 LRJS admite el recurso en suplicación de todas las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social «en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto», salvo «que la presente Ley disponga lo contrario». De ello ha de entenderse que tales exclusiones han de limitarse estrictamente a las señaladas en la Ley de forma expresa. De recogerlas y enumerarlas se encargan los siete apartados que componen el artículo 191.2 LRJS.

Frente a estas exclusiones, el artículo 191.3 LRJS contiene la previsión contraria, pues abre la puerta del recurso de suplicación «en todo caso» a los procesos relacionados en sus también siete apartados, debido a la relevancia de la materia tratada en ellos. De esta enumeración destaca, por la materia que interesa en este trabajo, el apartado f): «contra las sentencias dictadas en materia de (...) tutela de derechos fundamentales y libertades públicas».

La interpretación de estas reglas ha distado mucho de ser sencilla y ha dado lugar a numerosos conflictos, que han ido encontrando su solución en la

⁵⁵¹ Por todas, véanse SSTS de 6 octubre 2005 (Rcud. 834/2003); de 26 de septiembre de 2006 (Rcud. 4642/2005) y de 5 de mayo de 2016 (Rcud. 3494/2014).

⁵⁵² Entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 2016 (Rcud. 3194/2014); de 4 de mayo de 2017 (Rcud. 1201/2015) y de 4 de octubre de 2017 (Rcud. 3723/2015).

doctrina que el Tribunal Supremo ha ido unificando a lo largo de los años⁵⁵³. No cabe ocultar que buena parte de esta doctrina unificada procedía del análisis de los anteriores artículos 188 y 189 de la anterior Ley de Procedimiento Laboral, de redacción menos clara que la actual, pero con un contenido muy similar a los actuales artículos 191 a 193 LRJS. El estudio de esta cuestión a lo largo de los años no ha evitado que el Tribunal Supremo siga pronunciándose sobre ella también en la actualidad, como habrá ocasión de ver en las sentencias analizadas en este trabajo.

La complejidad de la materia analizada es evidente. A la convivencia entre dos modalidades procesales antagónicas, como las que son, con carácter general, irrecurribles, y otras que admiten recurso de suplicación en todo caso, se suma una tercera, representada por las modalidades procesales que acumulan diferentes acciones en una misma demanda, unas recurribles y otras no, que se resolverán en una misma sentencia (art. 26 LRJS). Desde la entrada en vigor de la LRJS, se han dictado un importante número de sentencias en unificación de doctrina que han atendido a esta cuestión. Especialmente respecto de sentencias dictadas en materia de fijación de la fecha de disfrute de vacaciones, o de impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo, a las que se acumuló una pretensión en materia de tutela de derechos fundamentales, o una económica por los daños y perjuicios sufridos. En tales circunstancias, la reiterada doctrina del Tribunal Supremo ha permitido el acceso al recurso de suplicación en ambas materias⁵⁵⁴. De la relevancia y actualidad de la cuestión deja constancia el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en su sentencia 149/2016, de 19 septiembre, cuyo fallo comparte la línea ya mantenida por el Tribunal Supremo y que fue utilizada incluso como sentencia de contraste en algún recurso para la unificación de doctrina⁵⁵⁵.

Por todo lo anterior, la doctrina unificada en materias no susceptibles de suplicación y la tutela de derechos fundamentales, que da título a este trabajo, permite ser analizada desde una doble perspectiva. De una parte, atendiendo a las sentencias que han unificado doctrina respecto del posible acceso al recur-

⁵⁵³ Véase GARCÍA MURCIA, J., «La jurisprudencia laboral y social del Tribunal Supremo: Caracterización general y líneas recientes de desarrollo», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2019, pp. 584-600.

⁵⁵⁴ Como demuestran, entre otras muchas, las sentencias TS de 3 de noviembre de 2015 (Rcud. 2753/2014); de 22 junio 2016 de (Rec. 399/2015); de 7 de diciembre de 2016 (Rcud. 1599/2015); de 11 de enero de 2017 (Rcud. 1626/2015); de 9 de mayo de 2017 (Rcud. 1666/2015); de 5 de julio de 2017 (Rcud. 1477/2015); de 18 de octubre de 2017 (Rcud. 2979/2015); de 15 de febrero de 2018 (Rcud. 1324/2016) y de 18 de mayo de 2018 (Rcud. 381/2017)

⁵⁵⁵ En concreto, se empleó como sentencia de contraste (cuya doctrina fue finalmente la admitida por el Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera) en la STS de 18 de mayo de 2018 (Rcud. 381/2017).

so de suplicación de materias, inicialmente excluidas, cuando a ellas se acumula una pretensión de tutela de derechos fundamentales. Por otra parte, al hilo de la doctrina unificada en relación con la tutela ofrecida cuando se abre el acceso a la suplicación a materias inicialmente excluidas de este recurso, a las que se ha acumulado otra pretensión que siempre tiene abierto el acceso al recurso de suplicación.

2. LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIAS NO SUSCEPTIBLES DE SUPPLICACIÓN

Conviene recordar que las denominadas modalidades especiales, reguladas en los artículos 103 y ss. LRJS, se caracterizan, como su propio nombre indica, por las especialidades que presentan frente al proceso ordinario. Así, la mayoría de ellas se benefician de tramitación urgente que, como consecuencia, las excluye de acceso al recurso de suplicación, salvo en los casos que expresamente menciona y permite su propia regulación. Entre estas modalidades excluidas de acceso a suplicación destacan las siguientes:

a) La modalidad especial para la fijación de la fecha de disfrute de vacaciones (arts. 125 y 126 LRJS⁵⁵⁶). Con todo, ha de tenerse en cuenta que el objeto de esta modalidad procesal es extraordinariamente limitado. Cualquier cuestión distinta a la determinación de la fecha de disfrute, aunque guarde relación con las vacaciones, habría de tramitarse por el procedimiento ordinario. Además, si la pretensión afectase al conjunto genérico de trabajadores, habría de tramitarse por la modalidad especial de conflictos colectivos. Ambas modalidades, ordinaria y de conflictos colectivos, tienen garantizado el acceso al recurso de suplicación⁵⁵⁷.

b) La modalidad especial de clasificación profesional (art. 137 LRJS⁵⁵⁸). No obstante, se admite el acceso a suplicación cuando a la demanda de clasificación profesional se le hubiera acumulado una acción para la reclamación de diferencias salariales por una cuantía superior a 3.000 € (art. 191.2.d LRJS).

⁵⁵⁶ El artículo 126 LRJS, titulado «urgencia del procedimiento» dispone, *in fine*, que: «La sentencia, que no tendrá recurso, deberá ser dictada en el plazo de tres días».

⁵⁵⁷ Sentencias TS de 4 de julio y de 18 de julio de 2018 (Rcud. 1619/2017 y 2471/2017, respectivamente).

⁵⁵⁸ Conforme al artículo 137.3 LRJS: «Contra la sentencia que recaiga no se dará recurso alguno, salvo que las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación».

c) La movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 138 LRJS⁵⁵⁹). De nuevo, quedaría garantizado su acceso al recurso de suplicación si estas pretensiones tuvieran carácter colectivo, o se hubiera acumulado una indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 3.000€.

d) Los procesos en los que se impugne el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional (art. 138 LRJS) «salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación» (art. 191.2.e LRJS).

e) La modalidad especial de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal o convencionalmente, «salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia» (art. 139 LRJS⁵⁶⁰).

Como puede observarse, la irrecurribilidad de la sentencia en suplicación es, en todas ellas, relativa, ya que la vía del recurso se abre en el caso de que a la pretensión principal se acumule alguna de las expresamente indicadas en su regulación específica y que, generalmente, constituye una reclamación de cantidad por una cuantía litigiosa superior a 3.000 euros exigida por el artículo 191.2.g) LRJS para acceder a dicho recurso.

Por el contrario, las reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros no tendrán acceso al recurso de suplicación. Esta regla, inicialmente carente de complejidad, ha necesitado de otras que delimiten el concepto de «cuantía litigiosa». No siempre una pretensión puede ser identificada con una cifra o un número, aun considerando los criterios ofrecidos por el artículo 192 de la LRJS a estos efectos.

El Tribunal Supremo ha precisado que es la cuantía solicitada en la demanda la que condiciona el acceso al recurso de suplicación⁵⁶¹. No se contem-

⁵⁵⁹ El artículo 138.6 LRJS establece que: «La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto, y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores».

⁵⁶⁰ De acuerdo con el artículo 139.1.b) LRJS: «(...) La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia».

⁵⁶¹ STS de 4 de diciembre de 2018 (Rcud. 611/2016), si bien esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante con el criterio empleado para calcular la cuantía litigiosa y, con ello, determinar la accesibilidad al recurso de suplicación.

plará, en consecuencia, «la posibilidad de fijar una cuantía para la demanda y otra distinta para el acceso al recurso»⁵⁶². En este sentido, la Sala ha considerado «inasumible la sinonimia entre cantidad litigiosa y cantidad controvertida, por lo que ha estarse a una concepción amplia del término “litigiosa”, que no ha de venir asimilada a cuantía disputada o controvertida, y sí a cuantía reclamada, o sea, integrante del *petitum* de la demanda y como tal constitutiva –junto a otros pedimentos– del objeto de la *litis*»⁵⁶³.

Con todo, admitiendo que la cuantía solicitada en la demanda pueda no ser la definitiva, la Sala ha permitido su ampliación posterior a lo largo del proceso. Así, la cuantía litigiosa podrá ir incrementándose cuando, a la cantidad solicitada en la demanda, se le añadan las cuantías que se puedan ir deveniendo hasta el momento del juicio, o hasta la fecha de la ratificación de la demanda o, en último caso, en la fase de conclusiones, a los efectos de determinar la procedencia del recurso de suplicación⁵⁶⁴. Para la Sala, es precisamente en el trámite de conclusiones en el que de manera definitiva se materializa definitivamente la acción; por ello es éste el trámite procesal en el que de manera irrevocable se concreta la cuantía litigiosa, a los efectos –entre otros– de determinar la procedencia del recurso de Suplicación»⁵⁶⁵.

En otros supuestos, ha sido preciso que la Sala determinase si el elemento definitivo para el acceso al recurso resulta ser la pretensión reclamada o la cuantía litigiosa que se le adjunta. En los supuestos de sanciones en materia de seguridad social que conlleven la sanción de suspensión o extinción del subsidio de desempleo, la procedencia o no del recurso viene determinada por la regla de la cuantía litigiosa, y no por el procedimiento seguido para el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de seguridad social y de IT.

La reciente STS de 23 de enero de 2019⁵⁶⁶ recuerda que la norma que debe regular el acceso a la suplicación en los casos en los que un beneficiario de prestaciones de desempleo impugne el acto administrativo que impone la

⁵⁶² STS 25 de septiembre de 2018 (Rec. 3666/2016). En el mismo sentido, véanse también las sentencias TS de 22 de enero de 2002 (Rcud. 620/2001); de 14 de mayo de 2002 (Rcud. 2494/2001); de 24 de mayo de 2002 (Rcud. 2753/2001); 25 de junio de 2002 (Rcud. 3218/2001) y 25 de septiembre de 2002 (Rcud. 93/2002).

⁵⁶³ Sentencias TS de 22 de enero de 2002 (Rcud. 620/2001) y de 25 de septiembre de 2002 (Rcud. 93/2002).

⁵⁶⁴ Sentencias TS de 25 de junio de 2002 (Rcud. 3218/2001), de 15 de junio de 2004 (Rcud. 3049/2003) y de 25 de septiembre de 2018 (Rcud. 3666/2016).

⁵⁶⁵ STS de 25 de septiembre de 2018 (Rcud. 3666/2016). En este supuesto: «la demanda se reclamó por el actor la cantidad total de 15.606,80 euros, cifra que se mantuvo en conclusiones en el acto de juicio y que examinó en plenitud el Juzgado de lo Social, por los conceptos de diferencias salariales, mejora voluntaria de incapacidad temporal y dietas correspondientes al período noviembre de 2014 a septiembre de 2015», por lo que se consideró procedente el acceso al recurso de suplicación.

⁵⁶⁶ Rcud. 417/2017.

sanción de extinción de la prestación por la comisión de una falta tipificada en la LISOS⁵⁶⁷, alcanzó las siguientes conclusiones: «A) El artículo 192.4 LRJS contiene una clara y tajante prescripción sobre la forma de determinar la cuantía litigiosa a efectos de acceso al recurso de suplicación en materia de prestaciones de Seguridad Social valorables económicamente, enmarcada en el adverbio «exclusivamente», utilizado por el legislador con la finalidad de evitar interpretaciones que desborden los límites fijados en la norma. B) A tenor de dicha regla, para establecer la cuantía litigiosa se ha de tomar en consideración el interés concreto reflejado en la demanda, en su vertiente económica, representado por las diferencias que resulten de restar el importe de la prestación reconocida en la vía administrativa de la postulada en la demanda en cómputo anual. C) A los fines enunciados no es dable tomar en consideración otras diferencias distintas a las previstas taxativamente en el artículo 192.4 LRJS, como las excluidas por la jurisprudencia anteriormente citada, u otras que puedan hacerse valer (como las diferencias que pueden generarse en el futuro en el caso de que el trabajador acceda a otra prestación). D) El argumento relativo al efecto de cosa juzgada de la sentencia que establece el importe de la base reguladora de la prestación por desempleo respecto de las bases de cotización computables para la fijación de futuras prestaciones de Seguridad Social, como las de incapacidad permanente, jubilación o muerte y supervivencia, no justifica una solución distinta, al ser un efecto inherente a su firmeza que no puede servir de pretexto para contrariar la regla contenida en el artículo 192.4 LRJS. Por cuanto antecede, de conformidad con el Ministerio Fiscal, el recurso presentado por el actor debe desestimarse por resultar ajustada a Derecho la decisión adoptada por la sentencia impugnada. El recurso de suplicación formulado contra la sentencia dictada en la instancia es improcedente, habida cuenta de su cuantía litigiosa».

En materia de seguridad social, para las indicadas sentencias: «no cabe considerar que la determinación de la cuantía en los pleitos que se refieren a la impugnación de actos administrativos dictados en materia sancionadora en el ámbito de la Seguridad Social se lleve a cabo por el importe anual de la prestación, pues existe una previsión específica en ese precepto, en el sentido de que, cuando se pretenda la anulación de un acto, incluidos los de carácter sancionador, «se atenderá al contenido económico del mismo»⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ En la misma línea ya se habían pronunciado las sentencias TS de 2 de noviembre de 2017 (Rcud. 66/2016) y de 28 de febrero de 2018 (Rcud. 1554/2016).

⁵⁶⁸ Han reiterado esta doctrina, entre otras, las sentencias TS de 11 de mayo y 12 de julio de 2018 (Rcud. 1800/2016 y 883/2017, respectivamente) al indicar que en los supuestos de sanciones en materia de seguridad social que comporten, entre otras, la sanción de suspensión o extinción subsidio desempleo, para determinar la procedencia del recurso de suplicación debe atenderse exclusivamente a cuantía litigiosa.

Cuando el proceso tiene por objeto la impugnación de una sanción de suspensión y consiguiente pérdida de la prestación por desempleo por el período de un mes, impuesta a un perceptor de dicha prestación por la comisión de una falta leve, es doctrina constante de la Sala⁵⁶⁹, que el acceso a la suplicación viene determinado por el importe de la prestación correspondiente al mes dejado de percibir. En consecuencia, no se admitirá acceso al recurso de suplicación si el montante no alcanza la cuantía mínima exigida por el artículo 191.2.g) LRJS⁵⁷⁰.

En el caso de que lo reclamado fuesen diferencias salariales derivadas del plus de convenio, no solo se tendrá en cuenta para el cálculo de la cuantía litigiosa las efectivamente devengadas, sino también las cantidades futuras hasta la ejecución de la sentencia. Así lo ha precisado la STS de 27 de abril de 2017⁵⁷¹: «conforme a este último precepto, «cuando la reclamación verse sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora. La misma regla se aplicará a las reclamaciones de reconocimiento de derechos, siempre que tengan traducción económica». En sentido contrario, cabe recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social en aplicación de la norma que establece a tal efecto el artículo 192.3.º LRJS cuando en la demanda se reclama «el reconocimiento del derecho a seguir percibiendo la prestación económica de carácter mensual que le ha sido suprimida por el nuevo empleador, que tiene una traducción económica en cómputo anual que alcanza los 3.000 euros». No se ha considerado óbice para ello el hecho de que el trabajador hubiere acumulado la acción de reclamación de cantidad las mensualidades transcurridas antes de la interposición de la demanda en importe inferior a la referida cantidad»⁵⁷².

⁵⁶⁹ Entre otras, sentencias TS de 3 de febrero de 2003 (Rcud. 465/2002) y en las posteriores de 7 de febrero de 2007 (Rcud. 3306/2006) y 31 de marzo de 2015 (Rcud. 2075/2014).

⁵⁷⁰ Conforme a esta doctrina, la STS de 13 de marzo de 2018 (Rcud. 2161/2016) estableció lo siguiente: «la pretensión ejercitada en el presente procedimiento, en el que la demandante solicita se deje sin efecto la sanción impuesta y se le reintegre el importe correspondiente a un mes de prestación en cuantía de 905,84€, hemos de concluir que contra la sentencia de instancia no cabía recurso de suplicación al no alcanzar el interés económico del litigio los 3.000€ que como umbral para el acceso a la suplicación establece el artículo 191.2.g) LRJS». Entre las sentencias más recientes en esta misma línea, véase también la STS de 12 de abril de 2018 (Rcud. 2821/2018).

⁵⁷¹ Rcud. 1903/2014.

⁵⁷² STS de 31 de mayo de 2016 (Rcud. 3180/2014).

Cuando la cuantía reclamada comprenda, no sólo lo devengado hasta el momento, sino también una condena de futuro, la Sala ha precisado (STS de 23 de diciembre de 2010⁵⁷³) que «cuando se trate de una acción en la que se reclama al mismo tiempo declaración de derecho y condena al abono de las cantidades correspondientes, la fijación de la cuantía litigiosa se obtiene por referencia a los «efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración» del derecho reclamado, recurriendo si es preciso, y si es posible, a la técnica de la «anualización», que es específicamente la que rige en materia de Seguridad Social⁵⁷⁴. y 3) respecto de las condenas de futuro, la Sala ha declarado también por un lado que no cabe dictarlas cuando se trata de peticiones relativas a «contingencias futuras no previsibles en el momento presente»⁵⁷⁵; y por otro, que la condena de futuro es una «potestad del juez» practicable en supuestos litigiosos de «pago de intereses o prestaciones periódicas» (art. 220 LEC), establecida «en beneficio de la parte acreedora» y de la propia «economía procesal», y «cuyo ejercicio depende de que concurran motivos justificados», que pueden variar «de un caso a otro, según las circunstancias y actitudes de los litigantes»⁵⁷⁶.

3. EL JUEGO DE LA AFECTACIÓN GENERAL COMO VÍA DE ACCESO AL RECURSO DE SUPPLICACIÓN RESPECTO DE SENTENCIAS IRRECURRIBLES

El examen de la afectación general para acceder al recurso de suplicación suele aplicarse en los casos en los que la cuantía litigiosa resulta, por sí misma, insuficiente a estos efectos. Conforme al artículo 191.3.b LRJS, procede en

⁵⁷³ Rcd. 832/2010: «Las cuantías reclamadas se refieren a retribuciones en principio de importe variable, e incluso, aunque ello nos introduciría ya en el fondo del asunto, de devengo tal vez incierto. A ello hay que añadir que el requerimiento judicial de concreción o especificación de las cuantías reclamadas en la demanda pone de relieve de manera inequívoca que el Juzgado de lo Social no ha considerado procedente la petición de condena de futuro contenida en el escrito inicial de interposición de la misma. Así las cosas, y de acuerdo con la citada contestación de los actores al requerimiento judicial de concreción de la demanda, las cantidades reclamadas se elevan para tres de ellos a la 1,456'03 euros y son inferiores a esta cantidad para los cuatro restantes. Pues bien, incluso siguiendo el criterio más favorable al recurso adoptado por la propia jurisprudencia en los supuestos de demandas acumuladas, según el cual se ha de tener en cuenta la cifra de reclamación de condena más alta entre las diversas formuladas, nos encontramos siempre por debajo de los 1803 euros del artículo 189.1.º LPL».

⁵⁷⁴ Sentencias TS de 26 de febrero de 2001 (Rcd. 2350/2000); de 30 de enero de 2002 (Rcd. 752/2001) y de 15 de junio de 2004 (Rcd. 3049/2003).

⁵⁷⁵ Sentencias TS de 21 de abril de 2005 (Rcd. 4004/2004) y de 14 de febrero de 2006 (Rcd. 3577/2005).

⁵⁷⁶ STS de 23 de abril de 2009 (Rcd. 70/2008).

todo caso el recurso de suplicación «en reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un buen número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes».

La existencia de «afectación generalizada» que da acceso al recurso «es un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación depende, no solo de que en la interpretación de una norma exista un interés general por estar interesados un gran número de trabajadores o de beneficiarios de prestaciones sociales, sino, también, que su aplicación genere la existencia de una importante conflictividad real y no meramente potencial»⁵⁷⁷. La afectación general, tal y como ha puntualizado el Tribunal Supremo, no puede confundirse con la posible proyección general de un litigio sobre la interpretación de una norma, sino que requiere que «esa proyección se traduzca en un nivel de litigiosidad relevante y actual sobre el problema que se debate», de forma que «no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de la afectación general»⁵⁷⁸.

Por otra parte, la Sala ha distinguido reiteradamente entre «la notoriedad que abre el acceso al recurso de suplicación» de la «notoriedad absoluta y general» a la que se refiere el artículo 281.4 LEC. A efectos del acceso al recurso, será suficiente con que «por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, la cuestión sea notoria para el Tribunal»⁵⁷⁹.

Respecto al concepto de afectación general, la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2009⁵⁸⁰ resume la reiteradísima doctrina de esta Sala, en este punto, sobre el significado de «afectación general». La apreciación de su concurrencia puede deducirse por las Salas de suplicación y la Sala Cuarta del TS cuando examinan los recursos de suplicación y casación unificadora, respectivamente. Los medios para llevar a cabo tal deducción se ciñen a tres

⁵⁷⁷ STS de 17 de julio de 2018 (Rcud. 1799/2017).

⁵⁷⁸ Sentencias TS de 2 de junio de 2016 (Rcud. 3820/2014), de 7 de junio de 2017 (Rcud. 3039/2014) y de 24 de octubre de 2017 (Rcud. 1160/2016).

⁵⁷⁹ Sentencia TS de 25 de enero de 2011 (Rcud. 1418/2010); de 7 de octubre de 2011 (Rcud. 3338/2009); de 21 de febrero de 2017 (Rcud. 1253/2015); de 24 de octubre de 2017 (Rcud. 734/2016) y de 15 de enero de 2019 (Rcud. 3279/2016).

⁵⁸⁰ Rcud. 1988/2008. En ella se citan, además, las sentencias TS de 3 de octubre de 2003 (Rcud. 1011/2003 y 1422/2003); de 19 de abril de 2005 (Rcud. 2517/2004) y de 2 de junio de 2008 (Rcud. 546/2007).

posibilidades: notoriedad, haber sido probados hechos de los que se desprenda aquella afectación múltiple, o que el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

Como recuerda la STS de 23 de enero de 2009⁵⁸¹, la notoriedad que abre el acceso al recurso de suplicación no puede ser la «notoriedad absoluta y general» a la que se refiere el artículo 281.4 LEC, sino que bastará con que la cuestión sea notoria para el Tribunal, en cuyo caso no es necesaria la alegación de parte, «pudiendo ser apreciada de oficio por el Juez o la Sala»⁵⁸².

En todo caso, la vía de la afectación general, como medio de acceso al recurso de suplicación, «no está concebida exclusivamente como un derecho de las partes, pues se configura también como un instrumento que tiene por objeto conseguir la unificación de doctrina en supuestos que son trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos participa en buena medida de la condición de orden público»⁵⁸³. Así la STC 79/1985, de 3 de julio, precisó que uno de los objetivos que se persiguen por el legislador al establecer esta vía especial de acceso al recurso es «evitar que queden sin recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, pero que pueden trascender esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior».

4. LA SUPUESTA IRRECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LA MODALIDAD ESPECIAL DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Las sentencias dictadas en la modalidad especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo son irrecurribles en suplicación, por expresa exclusión del artículo 138.6 LRJS y 191.2.e) LRJS. Al menos, cuando se trate de modificaciones individuales de condiciones de trabajo⁵⁸⁴.

Con todo, ambos preceptos excepcionan de esta exclusión y, por lo tanto, permiten el acceso a suplicación a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Tendrán legitimación para recurrir estas

⁵⁸¹ Rcd. 250/2008.

⁵⁸² STS de 23 de octubre de 2008 (Rcd. 3671/2007).

⁵⁸³ STS de 25 de mayo de 2010 (Rcd. 2404/2009).

⁵⁸⁴ Por todas, véase STS de 20 de julio de 2015 (Rcd. 1567/2014).

modificaciones tanto los trabajadores individuales afectados, como los legitimados por el procedimiento de conflicto colectivo⁵⁸⁵.

En particular, la STS de 22 de enero de 2014 indicó que el artículo 138.6 LRJS «vincula la recurribilidad, no a la naturaleza colectiva del litigio, sino a la decisión empresarial. Así, siempre que ésta tenga carácter colectivo, cabrá acudir, en su caso, a la suplicación, tanto si la decisión se ataca por los trabajadores individualmente considerados, como si se combate por el cauce del conflicto colectivo por los sujetos legitimados a tal efecto». En esta línea, el Tribunal Supremo ha admitido el recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en un proceso individual sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando esta tenga carácter colectivo, conforme al artículo 41.2 ET, aun en el caso de que la impugnación sea individual⁵⁸⁶.

Esta misma interpretación ha sido refrendada por la más reciente STS de 26 de febrero de 2018⁵⁸⁷, al destacar la recurribilidad de las sentencias que resolvieron las impugnaciones individuales de una modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo. Para la Sala, dicha impugnación individual «no impide que, cuando dicha modificación es colectiva, tenga garantizado el acceso al recurso de suplicación. En este caso, ha de entenderse así, no en función de la acumulación de una pretensión de tutela de derechos fundamentales o de una indemnización por cuantía superior a 3.000€. El elemento que garantiza el acceso al recurso de suplicación es el carácter colectivo de la modificación impugnada», frente a la cual, recuerda la Sala, «cabe siempre suplicación».

Nada indican, en cambio, los referidos artículos 138.6 LRJS y 191.2.e) LRJS respecto del posible recurso de una sentencia dictada en materia de modificación sustancial individual de condiciones de trabajo a la que se le hubiera acumulado una pretensión económica de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por dicha modificación, en el caso de que superen la cuantía de 3.000 euros. Esta previsión sí se contiene respecto de los supuestos de impugnación de decisiones de movilidad geográfica previstos en el artículo 40.2 ET (art. 138.6 LRJS) o de cambio de puesto o movilidad funcional, respecto de las cuales el mismo artículo 191.2.e) LRJS dispone su irrecurribilidad «salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación».

⁵⁸⁵ Sentencias TS de 9 de abril de 2012 (Rcud. 949/2013) y de 22 de enero de 2014 (Rcud. 690/2013).

⁵⁸⁶ Entre otras, sentencias TS de 22 de enero de 2014 (Rcud. 690/2013); de 9 de abril de 2014 (Rcud. 949/2013); de 15 de junio de 2015 (Rcud. 589/2014); y de 20 de julio de 2015 (Rcud. 1567/2015).

⁵⁸⁷ Rcud. 974/2016.

En esta línea se han pronunciado recientemente las SSTS de 5 de junio y de 22 de junio de 2018⁵⁸⁸, para admitir el acceso a suplicación de dos sentencias dictadas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, a las que se había acumulado una reclamación de más de 3.000 euros en concepto de daños y perjuicios sufridos, además de otra pretensión de tutela de derechos fundamentales. En línea con su anterior STS de 10 de marzo de 2016⁵⁸⁹, la Sala realizó una «interpretación integradora» de los artículos indicados.

De acuerdo con dicha interpretación, si bien en principio la materia de modificación sustancial de condiciones trabajo de carácter individual, tiene vedado el acceso al recurso de suplicación, sí se permite el recurso en los supuestos en que, a la acción impugnatoria de la modificación, se acumula una acción indemnizatoria en cuantía que sea superior a los 3.000 euros. Esta interpretación queda avalada, según la Sala, por el artículo 138.7 LRJS, cuyo párrafo tercero, establece que: «La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos».

A través de una interpretación más amplia («pro recurso») de esta mención, la Sala salva otra interpretación más literal y restrictiva del artículo 193.1.e) LRJS, para evitar «entender que la excepción de dicho apartado, en cuanto al acceso al recurso de suplicación cuando exista acumulación de otra acción, que sí sea susceptible del recurso, se refiere únicamente a los de cambio de puesto o movilidad funcional, haciendo así de peor condición a los de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, cuando lo cierto es, que la modificación puede suponer, según el tipo y la condición de trabajo afectada, una carga más penosa y un mayor sacrificio para el trabajador, que el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional, interpretación literal que sería contraria a la obligada tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de nuestra Constitución proclama y garantiza».

El correcto uso de la modalidad procesal adecuada en cada supuesto resulta ser un elemento determinante en el acceso al recurso de suplicación y, además, no disponible por las partes. Así, aunque la pretensión inicial fuese encaminada a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, si en realidad resultaba ser una reclamación de cantidad, habrá de aplicársele la re-

⁵⁸⁸ Rcu. 3337/2016 y 399/2016, respectivamente.

⁵⁸⁹ Rcu. 1887/2014.

gla general respecto del umbral de la cuantía litigiosa que, de no superar los 3.000 euros, impedirá su acceso al recurso de suplicación⁵⁹⁰.

Ha de tenerse en cuenta, en esta materia, el cambio jurisprudencial derivado de la entrada en vigor del artículo 138 LRJS. La anterior LPL no permitía el recurso contra las sentencias sobre movilidad funcional, que ahora sí se permite⁵⁹¹. Además, obligaba a distinguir entre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que se habían tramitado al margen del procedimiento del artículo 41 ET, que no podrían ser tramitadas por la modalidad especial correspondiente y, en consecuencia, la sentencia resultante sí admitía recurso de suplicación⁵⁹². El artículo 138.1 LRJS ha modificado esta cuestión al permitir el empleo de este proceso especial también para la impugnación de cualquier modificación de condiciones de trabajo, con independencia de que la decisión empresarial se hubiera acordado al margen o de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo 41 ET.

5. LA POSIBLE RECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS DICTADAS A TRAVÉS DE LA MODALIDAD ESPECIAL DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

En esta materia se aprecia el cambio experimentado respecto de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, que denegaba el acceso al recurso, tanto contra la sentencia como contra los autos de ejecución⁵⁹³, siempre que se hubiera utilizado la modalidad procesal de clasificación profesional, aun cuando se reclamasen diferencias salariales⁵⁹⁴. El cambio vino determinado por la entrada en vigor del artículo 137.3 LRJS, que introdujo expresamente la posibilidad de impugnar en suplicación las demandas de clasificación profesional cuando a la pretensión principal se acumula otra para la reclamación de diferencias salariales, en cuantía superior los 3.000 €⁵⁹⁵. En estos supuestos, como es obvio, se utiliza la regla general de la cuantía para ampliar el acceso al recurso de suplicación, con la importante consideración de que se permitirá el recurso sobre la sentencia completa y no solo sobre la cuantía impugnada.

⁵⁹⁰ STS de 21 de noviembre de 2011 (Rcud. 601/2011).

⁵⁹¹ Sobre esta cuestión, véase la STS de 26 de febrero de 2014 (Rcud. 652/13) y su voto particular.

⁵⁹² STS de 9 de diciembre de 2010 (Rcud. 1535/2010).

⁵⁹³ STS de 28 de mayo de 1996 (Rcud. 1318/1999).

⁵⁹⁴ Entre otras, sentencias STS de 14 de febrero de 2001 (Rcud. 1268/2000); de 2 de febrero de 2009 (Rcud. 4572/2007); de 3 de abril de 2009 (Rcud. 1106/2008), y de 22 de junio de 2010 (Rcud. 3486/2010).

⁵⁹⁵ Sentencias TS de 26 de octubre de 2015 (Rcud. 1534/2014); de 21 de enero de 2015 (Rcud. 570/2014) y de 3 de febrero de 2016 (Rcud. 2279/2014).

Con todo, el Tribunal Supremo ha prestado una atención especial al examen de la verdadera pretensión planteada en el proceso, con independencia de cual fuera la modalidad procesal utilizada. Lo verdaderamente relevante será «la pretensión real que contiene la demanda, al margen de su formal denominación»⁵⁹⁶, esto es, que la demanda se funde en una discrepancia entre las funciones respectivamente realizadas y la categoría atribuida. De ser así, aunque para su tramitación se hubiera utilizado indebidamente el procedimiento ordinario, la Sala considera dicha sentencia en suplicación.

Por el contrario, sí se ha admitido el recurso contra la sentencia dictada en la modalidad de clasificación profesional cuando la reclamación realizada habría debido encauzarse a través del proceso ordinario, si en ella no se cuestiona la clasificación profesional y se limita la pretensión a la reclamación de diferencias retributivas⁵⁹⁷ o a la interpretación de la norma⁵⁹⁸.

6. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LA MODALIDAD ESPECIAL DE DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL RECONOCIDOS LEGAL O CONVENCIONALMENTE Y SU POSIBLE ACCESO A SUPPLICACIÓN

A través de la modalidad especial que, con este nombre, se regula en el artículo 139 LRJS han de tramitarse todas las solicitudes de disfrute de los derechos de conciliación reconocidos en el artículo 34.8 LRJS. Así lo indica también la Disposición Adicional 18.^a ET cuando, en el caso de esta última. Contra la sentencia dictada en esta modalidad procesal «no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia» (art. 139.1.b LRJS).

También en este supuesto, al igual que en el planteado en relación con el artículo 138 LRJS, se ha producido un importante cambio en la doctrina judicial unificada, como consecuencia de la entrada en vigor de los importantes cambios introducidos al respecto por el artículo 139 LRJS frente a la restrictiva regulación recogida por el anterior artículo 138 bis LPL. Este limitaba enor-

⁵⁹⁶ STS de 28 de noviembre de 2011 (Rcud. 742/2011).

⁵⁹⁷ STS de 13 de noviembre de 2006 (Rcud. 1600/2005).

⁵⁹⁸ STS de 20 de septiembre de 2006 (Rcud. 2205/2005).

memente los supuestos en los que procedía el uso de esta modalidad procesal. Sentencias como la STS de 13 de junio de 2008⁵⁹⁹ admitieron el recurso de suplicación en materias propias de la conciliación de la vida laboral y familiar, al tener que tramitarse estas por el procedimiento ordinario «dado que lo pedido en la demanda, la declaración del derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo, en un supuesto de no reducción de jornada no está incluido en el artículo 37.6 del ET siendo lo pedido en la demanda la declaración de tal derecho mediante una interpretación extensiva del referido precepto, materia distinta de los supuestos del artículo 138 bis de la LPL».

Con posterioridad a la reforma legal y, en consecuencia, a la ampliación objetiva del artículo 139 LRJS, alguna sentencia⁶⁰⁰ continuó aplicando la doctrina unificada anterior, sin reparar en la modificación legal⁶⁰¹. Por ello, la sentencia TS de 25 de marzo de 2013⁶⁰² unificó, de nuevo, doctrina al indicar que: «el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción también vigente en el momento en que se inició la controversia y que derivaba de la Ley 39/1999, que en la rúbrica del artículo se configuraba como una modalidad especial de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares y luego en el texto legal refería su objeto a «la concreción horaria y la determinación del período de disfrute» en los casos de reducción de jornada.

A esta delimitación se atuvo la sentencia del Pleno de la Sala de 13 de junio de 2008⁶⁰³, a tenor de la cual hay que estar a lo que se pide en la demanda y cuando en ésta lo pedido es «la declaración del derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo» en un supuesto de «no reducción de jornada», tal pretensión «no está incluida en el artículo 37.6 del ET», pues lo que se pide en la demanda es «la declaración de (un) derecho mediante una interpretación extensiva del referido precepto— los apartados 5 y 6 del 37 del ET», lo que constituye «materia distinta de los supuestos del artículo 138 bis de la LPL». Este criterio fue reiterado por la sentencia de 18 de junio de 2008⁶⁰⁴, también del Pleno de la Sala». A partir de esta sentencia, la doctrina unificada considera irrecurrible en suplicación las sentencias dictadas a través de la modalidad procesal del artículo 139 LRJS (que, recuérdese, ya comprende en su objeto todos los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar

⁵⁹⁹ Rcu. 897/2007.

⁶⁰⁰ Es el caso de la STS de 24 de abril de 2012 (Rcu. 3090/2011).

⁶⁰¹ Un análisis de esta cuestión en JUANES FRAGA, E., «El recurso de suplicación», en Nogueira Guastavino y García Becedas (Dirs.), *Lecciones de jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 668.

⁶⁰² Rcu. 957/2012.

⁶⁰³ Rcu. 897/2007.

⁶⁰⁴ Rcu. 1625/2007.

reconocidos legal o convencionalmente), salvo en el caso de que a la pretensión de conciliación se hubiera acumulado una indemnización económica de cuantía superior a 3.000 euros.

7. MATERIAS EXCLUIDAS DE ACCESO AL RECURSO DE SUPPLICACIÓN A LAS QUE SE LE ACUMULA UNA PRETENSIÓN DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Frente a las modalidades procesales inicialmente excluidas de acceso al recurso de suplicación, se encuentran otras que disfrutan de este acceso «en todo caso». Entre ellas figuran las sentencias dictadas «en materia de» tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 191.3.f LRJS)⁶⁰⁵. Con carácter general, este tipo de pretensiones podrán tramitarse a través de la modalidad procesal especial que se regula en los artículos 177 a 184 LRJS, que disfruta de las máximas garantías procesales, entre ellas, la preferencia y sumariedad absolutas en su tramitación (art. 179.1 LRJS), la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (177.3 LRJS) o, por lo que aquí interesa, la viabilidad en todo caso del recurso de suplicación contra la sentencia que se dicte (art. 191.3 f LRJS), que será inmediatamente ejecutiva (art. 303 LRJS).

Sin embargo, estas singularidades no aparecen expresamente previstas en todas las modalidades procesales especiales, como ya ha habido ocasión de analizar en este trabajo. Esta situación resulta de particular interés a la luz de la remisión efectuada por el artículo 184 LRJS. Este precepto, excluye la utilización de la modalidad especial de tutela en determinados supuestos, aunque en ellos se invoque la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, y remite su tramitación «inexcusablemente» a la modalidad procesal que corresponda a cada una de las pretensiones. En particular, no se tramitarán por la modalidad de tutela, sino por su modalidad correspondiente las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de

⁶⁰⁵ Sobre las características de este proceso, véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo (La Coruña, 2017), y «La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la LRJS», en Dans Álvarez de Sotomayor, L. (Coord.), *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo, 2014, pp. 189-217.

vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. En cada una de estas modalidades, junto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, se acumularán las propias de la modalidad procesal respectiva.

Interesa destacar que buena parte de las modalidades procesales indicadas en el párrafo anterior están expresamente excluidas de acceso al recurso de suplicación por el artículo 191.2 LRJS. Sin embargo, con el fin de evitar el evidente perjuicio para quien se ve obligado a tramitar estas acciones a través de una modalidad procesal dotada de menores garantías que la de tutela, el artículo 178.2 LRJS extiende a estas modalidades «en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte del Ministerio Fiscal».

Una de las cuestiones más complejas que ha planteado esta combinación de preceptos y a las que ha tenido que atender, no solo el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, sino también el Tribunal Constitucional, ha sido la de determinar qué garantías propias de la modalidad de tutela son exportables a las otras modalidades procesales especiales a las que se remite el artículo 184 LRJS. Nótese que el citado artículo 178.2 LRJS hace mención expresa de la citación como parte del Ministerio Fiscal. Nada se dice, por ejemplo, de la recurribilidad en suplicación de las sentencias dictadas a través de dichas modalidades procesales.

Esta cuestión no es novedosa en el análisis de la LRJS, sino que ya se había planteado con la muy similar regulación que contenían los artículos 175 a 181 LPL. En ningún caso, la jurisprudencia realizó una valoración general de las garantías extendidas, sino que fue pronunciándose, de modo casuístico, sobre la procedencia de la garantía reclamada en cada caso.

La STS de 10 de diciembre de 1999⁶⁰⁶ ya se había pronunciado respecto de una demanda de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) articulada a través del proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Además de pretender que se declarase discriminatoria la conducta de la empresa y se le condenara, además, al pago de las diferencias salariales que no le había abonado por dicha razón, en una cuantía inferior a las 300.000 pesetas requeridas entonces acceder al recurso de supli-

⁶⁰⁶ Rcd. 517/1999.

cación. La Sala admitió el recurso y consideró «intrascendente y accesorio» el hecho de que se reclamara una cantidad inferior, «puesto que lo que constituía el objeto fundamental del proceso y su razón de ser no era otra cosa que la determinación de si se había producido o no la vulneración del derecho fundamental que invocaba». En estos casos, la Sala había rechazado que «se produjese siquiera una acumulación de acciones, sino que la reclamación de diferencias salariales consecuencia de la violación del derecho fundamental es la traducción de lo que el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral considera inherente a toda pretensión de tutela de un derecho fundamental cual es la reparación de las consecuencias derivadas del acto inconstitucional»⁶⁰⁷.

Es por eso que la importante STC 257/2000, de 30 de octubre, analizó la aplicación a la modalidad de despido del derecho del sindicato a comparecer en él como coadyuvante del trabajador. En ella se afirma que, aun cuando dichas garantías procedimentales «no aparecen expresamente previstas para el resto de modalidades que, según la materia objeto de la pretensión, deban servir de cauce a otras demandas en las que eventualmente se alegue también la lesión de un derecho fundamental». El motivo de dicha extensión es doble: ofrecer una «mejor atención» de la materia en litigio, y evitar que «pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o conducta del que pueda haberse derivado la lesión que se alega». En otras palabras, y en el supuesto concreto analizado, la imposibilidad de un sindicato de actuar como coadyuvante en un proceso de despido con vulneración de derechos fundamentales supondría «un resultado absurdo, como el de que podría intervenir en una reclamación salarial tramitada con arreglo a la modalidad de tutela pero no en un despido vulnerador del artículo 28.1 CE de un afiliado, que virtualmente afectaría de manera más grave los intereses propios del sindicato».

Este razonamiento ha sido extrapolado a otras garantías, como la que aquí interesa, consistente en la recurribilidad en suplicación de las sentencias dictadas en las modalidades procesales a las que se remite el artículo 184 LRJS, cuando en ellas se analice también la tutela de un derecho fundamental. En particular, la STC 146/2016, de 16 de septiembre analiza específicamente, la impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual tramitada a través de la modalidad del artículo 138 LRJS, a la que se le acumuló la pretensión de vulneración de derechos fundamentales

⁶⁰⁷ STS de 3 de febrero de 1998 (Rcud. 634/1997).

derivada de la decisión empresarial impugnada⁶⁰⁸. A partir de la interpretación conjunta de los referidos artículos 191.3.f), 184 y 178.2 LRJS⁶⁰⁹, considera irrelevante la inexistencia de «un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que (configuración legal) ha sido prevista la suplicación por la norma «en todo caso» contra sentencias dictadas en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia del litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental».

Especialmente interesante es la mención que la referida sentencia realiza en cuanto al derecho de acceso a los recursos «con independencia de que cada órgano judicial llegue a ello de acuerdo con los criterios interpretativos sentados por el Tribunal Supremo, a la vista del tenor literal de los preceptos comprometidos en estos casos, o de acuerdo a una lógica de directa atención o plena asunción de la denominada tesis integrativa, enderezada a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral».

La admisión de la recurribilidad en suplicación «en todo caso» de las sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales [art. 191.3.f) LRJS] garantiza, además, el control del deber de motivación judicial en este tipo de sentencias, que debe ofrecer un «control material más exigente cuando la decisión, aunque afecte aparentemente solo a la admisibilidad de un recurso, se proyecta sobre un proceso en el que se invocan lesiones de derechos fundamentales», en el que la protección jurisdiccional de estos requiere de un mayor rigor en el control del pronunciamiento judicial. En palabras de la STC 105/1997, de 2 de junio: «estamos ante decisiones judiciales especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen».

La jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina ha venido realizando una interpretación integradora de la expresión «en todo caso», empleada por el artículo 191.3.f) LRJS, para indicar que «únicamente puede significar» que, en cualquier proceso en el que se interese la tutela

⁶⁰⁸ En esta línea se pronunciaron, entre otras, las SSTS de 9 de mayo 2017 (Rcud. 1666/2015); de 18 de octubre de 2017 (Rcud. 2979/2015); de 5 de junio de 2018 (Rcud. 3337/2016); de 15 de febrero de 2018 (Rcud. 1324/2016) y de 22 de febrero de 2018 (Rcud. 1169/2015).

⁶⁰⁹ Con anterioridad a esta sentencia, ya se habían pronunciado en el mismo sentido las SSTS de 22 de junio y de 7 de diciembre de 2016 (Rcud. 399/2015 y 1599/2015, respectivamente) y de 11 de enero de 2017 (Rcud. 1626/2015).

de derechos fundamentales y libertades públicas procede la suplicación, aunque en el mismo se ejercite una acción que está excluida de la suplicación. «De entenderse de otra manera, la citada expresión sería superflua», como reconoció entre otras la STS de 22 junio 2016⁶¹⁰. Así, se ha querido ver que la procedencia del recurso de suplicación en esta materia «obedece a la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento jurídico, manifestada en la regulación contenida en el artículo 53 de la Constitución que, en su apartado 2, prevé que la tutela de tales derechos y libertades puede recabarse ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional»⁶¹¹.

El Tribunal Supremo ha tenido que continuar pronunciándose a favor del acceso al recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito contenga una pretensión sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido. Aunque en algún supuesto se admitió la recurribilidad de la sentencia dictada en la modalidad procesal especial de vacaciones (art. 125-126 LRJS)⁶¹², la mayoría de ellas han analizado esta cuestión en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo acumulada a la denuncia de vulneración de un derecho fundamental⁶¹³.

En esta línea, la STS de 3 de noviembre de 2015 señaló, respecto de la recurribilidad de la sentencia dictada en el proceso especial para fijación de la fecha de disfrute de vacaciones, que el artículo 184 LRJS hace imposible acudir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas cuando se reclama juntamente con tal pretensión el derecho a la fijación del periodo de disfrute de vacaciones, a tenor de lo establecido en el artículo 184 LRJS. Por ello, «resultaría restrictivo de derechos el que al accionante por vacaciones y tutela de derechos fundamentales se le impidiera el acceso al recurso y, por el contrario, este se concediera si se ejercitaba únicamente la acción de tutela de derechos fundamentales».

Además, respalda la viabilidad del recurso en la aplicabilidad de todas las reglas y garantías del proceso de tutela a las modalidades del artículo 184 LRJS, lo que implica que «habrá de aplicárseles también, por identidad de razón, la

⁶¹⁰ Rcu. 399/2015.

⁶¹¹ STS de 22 de junio de 2016, cit.

⁶¹² Así lo ha hecho la STS de 3 de noviembre de 2015 (Rcu. 2753/2014).

⁶¹³ Entre otras, STS de 10 de marzo de 2016 (Rcu. 1887/2014); de 22 de junio de 2016 (Rcu. 399/2015); de 7 de diciembre de 2016 (Rcu. 1599/2015); de 11 de enero de 2017 (Rcu. 1626/2015); de 9 de mayo de 2017 (Rcu. 1666/2015); de 5 de julio de 2017 (Rcu. 1477/2015); de 24 de octubre de 2017 (Rcu. 3175/2015); de 15 de febrero de 2018 (Rcu. 1324/2016); y de 22 de febrero de 2018 (Rcu. 1169/2015).

regla que establece la recurribilidad de la sentencia recaída en el proceso de tutela», en la medida en la que el acceso al recurso de suplicación no se establece, como ya se ha indicado, «contra las sentencias dictadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino respecto a las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales, es decir que, a tenor de lo establecido en el artículo 191.3.f) de la LRJS, procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido».

Las sentencias posteriores asumieron la «interpretación integradora» respecto de la exclusión del artículo 191 LRJS en cuanto al recurso de suplicación en los procesos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo («salvo cuando tengan carácter colectivo» o «cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación», así como en el caso de «reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros»), y el artículo 192 LRJS, según el cual: «cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario». Y, en la mayoría de ellas, se asume como propio el razonamiento empleado en la ya comentada STC 149/2016, de 19 de septiembre.

A la vista de la consolidada jurisprudencia en esta materia, ninguna duda queda ya de la admisibilidad del recurso de suplicación de las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales, se hubieran tramitado o no por la modalidad específica prevista en los artículos 177 ss. LRJS.

CAPÍTULO X

RECURSO DE CASACIÓN UNIFICADORA Y EFECTO POSITIVO DE COSA JUZGADA COLECTIVA

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Planteamiento del tema. Reglas generales de convivencia de las sentencias individuales y colectivas en el recurso de casación unificadora.*—2. *Formulación legal del efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo en el pleito individual e interpretación jurisprudencial de entrada en el recurso de casación unificadora.*—3. *Aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial a otras sentencias colectivas.*—4. *A modo de balance final. Aplicación de lo oficio de la cosa juzgada colectiva solo tras superar la fase de admisión del recurso.*

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. REGLAS GENERALES DE CONVIVENCIA DE LAS SENTENCIAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN UNIFICADORA

Es de todos conocido que la LRJS configura el recurso de casación unificadora como un instrumento especial, extraordinario y excepcional para la unidad de criterio judicial, de ahí que la contradicción esté vinculada a la propia función del recurso, que tiene como objeto, precisamente, la unificación de doctrina «con ocasión» de la contradicción de sentencias (art. 219.1 LRJS), siendo la finalidad de defensa de la legalidad una consecuencia de esa fun-

ción⁶¹⁴. Es por ello que, con carácter general, resulta indeclinable determinar la existencia de contradicción de modo previo al examen de la cuestión jurídica que se plantee⁶¹⁵, siendo, sin duda, el escollo más difícil de superar en la fase de admisión del recurso⁶¹⁶.

No obstante, la apreciación de tal exigencia legal se ha ido relajado poco a poco, particularmente en los últimos tiempos. En efecto, desde hace ya algunos años, especialmente tras la promulgación de la LRJS, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha apostado por distender el examen de la contradicción, especialmente en temas de particular relevancia⁶¹⁷, hasta el punto de resolver cuestiones en otros tiempos vedadas a la casación unificadora, como acontecía con el recargo de prestaciones⁶¹⁸, la indemnización por daños y perjuicios derivados de contingencia profesional⁶¹⁹, etc., sobre la base de que la nueva ley procesal no exige una identidad absoluta, por lo que para negar la existencia de contradicción entre los casos comparados han de concurrir diferencias relevantes y decisivas, no meramente periféricas⁶²⁰.

La interrelación entre litigios individuales y colectivos y la comparación entre las resoluciones correspondientes no ha escapado tampoco a esta tendencia plástica de evaluación de la contradicción. Aunque, en realidad, en este punto concreto, se ha producido una suerte de combinación de la tendencia jurisprudencial aperturista, con la intervención legal. Así, de una parte, si bien en primer momento se vino sosteniendo que aunque versasen sobre un mismo objeto, las sentencias recaídas en procesos de conflicto colectivo no podían

⁶¹⁴ SSTS de 24 de mayo de 2005, Rec. 1728/04; y de 14 de mayo de 2012, Rec. 2974/11.

⁶¹⁵ SSTS de 5 de febrero de 1993, Rec. 1060/92; de 2 de abril de 1996, Rec. 3607/94; de 19 de enero de 1998, Rec. 1336/98; de 13 de marzo de 2003, Rec. 1899/01; de 25 de junio de 2008, Rec. 2048/07; de 16 de julio de 2008, Rec. 2202/07; y de 19 de julio de 2012, Rec. 3887/11.

⁶¹⁶ Se viene manteniendo que si no se cumple esta exigencia la justicia debe entenderse finalizada en el segundo grado jurisdiccional (suplicación). SSTS de 18 de diciembre de 2014, Rec. 1764/2014; y de 17 de febrero de 2016, Rec. 2931/14.

⁶¹⁷ SSTS de 18 de julio de 2008, Rec. 2277/07; y de 27 de enero de 2014, Rec. 3179/12.

⁶¹⁸ SSTS de 27 de abril de 2016, Rec. 393/15; de 11 de febrero de 2016, Rec. 2806/14, de 1 de junio de 2016, Rec. 609/15; de 25 de octubre de 2016, Rec. 2943/14; de 22 de febrero de 2018, Rec. 1647/16; de 20 de marzo de 2018, Rec. 2942/16; y de 18 de septiembre de 2018, Rec. 144/17. Destacando las dificultades de apreciación de identidad, a mero título de ejemplo, SSTS de 1 de junio de 2016, Rec. 60/15; de 14 de febrero de 2012, Rec. 1535/11; y de 29 de octubre de 2012, Rec. 1202/11.

⁶¹⁹ Por ejemplo, respecto del criterio tradicional excluyente, SSTS de 30 de octubre de 2007, Rec. 1766/06; de 31 de octubre de 2007, Rec. 1215/06; de 13 de mayo de 2008, Rec. 1087/06; de 13 de mayo de 2008, Rec. 4688/06; de 23 de diciembre de 2008, Rec. 3738/07; de 18 de enero de 2010, Rec. 314/09; y de 26 de enero de 2010, Rec. 3868/08. Ejemplos, del criterio de admisión vigente, pueden ser SSTS de 24 de enero de 2012, Rec. 8134/11; de 1 de febrero de 2012, Rec. 1655/11; de 14 de febrero de 2012, Rec. 2082/11; de 18 de abril de 2012, Rec. 1651/11; de 18 de julio de 2012, Rec. 1653/11; de 30 de octubre de 2012, Rec. 3942/11; de 10 de diciembre de 2012, Rec. 226/12; y de 5 de marzo de 2013, Rec. 1478/12.

⁶²⁰ STS de 20 de enero de 2015, Rec. 1985/13.

compararse con las pertenecientes a litigios individuales, y viceversa⁶²¹; desde hace ya bastante tiempo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo permite trabar la contradicción en un recurso de casación unificadora en pleito individual con una sentencia dictada en proceso de conflicto colectivo, e incluso a la inversa, admitiendo que una sentencia dictada en proceso individual se emplee para acreditar el contraste con una resolución de conflicto colectivo⁶²².

Paralelamente, tras la promulgación de la LRJS, esta doctrina dúctil con la conformación del requisito de la contradicción, se ha hermanado con el inquestionable mandato del artículo 160.5 sobre el alcance de la cosa juzgada del conflicto colectivo sobre el individual, desembocando en el criterio jurisprudencial de desplazamiento del contraste cuando existe una sentencia firme de carácter colectivo. Ello sobre la base de que aunque el artículo 219 LRJS nada dispone expresamente sobre el particular, indirectamente, el artículo 160.5, matiza las reglas de la casación unificadora por la vía de la extensión del instituto de la cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo a los pleitos individuales, sea cual sea la fase en la que estos se encuentren⁶²³. Así las cosas, como veremos a lo largo de este comentario, en esta relación en fase de casación del conflicto colectivo con el individual cuando media identidad en el objeto litigioso, no funciona hoy en sentido estricto el requisito legal de la contradicción, ni siquiera interpretado en sentido laxo, sino el recio efecto positivo de cosa juzgada, que por imperativo legal desplaza con su fuerza los requerimientos normativos ordinarios (al menos parte) del excepcional recurso de casación⁶²⁴.

⁶²¹ Por todas, SSTS de 16 de junio de 1995, Rec. 3349/94; de 8 de octubre de 1997, Rec. 8 de octubre de 1997; de 31 de enero de 2000, Rec. 1338/99; y de 8 de marzo de 2000, Rec. 867/99.

⁶²² STS de 24 de julio de 2008, Rec. 456/07.

⁶²³ Es cierto que el artículo 158.3 LPL referenciaba el efecto de cosa juzgada de lo colectivo respecto de lo individual, y de hecho la jurisprudencia elaborada a propósito de aquella regulación aludía ya a la consideración de esta institución en el engranaje del recurso de casación unificadora, pero la intensidad con la que desembarca en la LRJS este efecto de lo colectivo no es comparable al precedente. Sobre la regulación precedente, véanse las SSTS de 14 de julio de 2000, Rec. 4534/98; de 5 de octubre de 2000, Rec. 3138/98; de 2 de febrero de 2002, Rec. 2275/01; de 20 de febrero de 2002, Rec. 2235/01; de 18 de septiembre de 2002, Rec. 48/02; de 21 de diciembre de 2007, Rec. 1051/06; y de 30 de junio de 2008, Rec. 2621/07, implícitamente, también en la STS de 4 de febrero de 2008, Rec. 4635/06. También, VICENTE PALACIO, A., *El efecto positivo de cosa juzgada en el proceso laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 154-162.

⁶²⁴ También los propios del de suplicación, pues en esta fase del pleito la entrada de la decisión colectiva permite incluso prescindir de las estrictas reglas de cuantía para acceder al recurso. Téngase en cuenta que cuando el pleito está en fase de suplicación, la jurisprudencia ha entendido que en el artículo 160.5 LRJS incide y corrobora la necesidad de estimar que en estos casos existe afectación general (STS 23 de junio de 2015, Rec. 1647/14) –prescindiendo por ello de las cuestiones de cuantía que dan acceso ordinario a la suplicación–.

Estas dos realidades jurisprudenciales (flexibilización del requisito de la contradicción en la comparación entre lo individual y lo colectivo, y desplazamiento cuando media sentencia de proceso colectivo firme), arrojan el siguiente esquema en cuanto a la formulación de recursos de casación unificadora. En primer término, si se trata de un proceso de conflicto colectivo resuelto en primera instancia por el juzgado de lo social competente ex artículo 6.1 LRJS, podrá interponerse recurso de casación unificadora contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que resuelva el recurso de suplicación correspondiente⁶²⁵, y en tal caso podrán emplearse de contraste tanto sentencias firmes colectivas como referidas a pleitos individuales respecto de las que concurra la identidad que se exige en el artículo 219 LRJS. En segundo término, recurrida en casación unificadora una sentencia de pleito individual solo se exigirá la acreditación de contradicción cuando mediando sentencia firme de conflicto colectivo no pueda ésta aplicarse con efecto de cosa juzgada, porque no exista la identidad objetiva o la conexidad directa necesaria para apreciar dicho efecto, pues de concurrir esa conexión la fuerza vinculante de lo colectivo hará, en principio, innecesaria la valoración de la contradicción.

Este básico esquema requiere, no obstante, de una serie nada desdeñable de aclaraciones, precisiones e indicaciones. En primer término, no puede olvidarse que las reglas generales ordenadoras del recurso de casación unificadora han de convivir no solo con la cosa juzgada material positiva de la sentencia de conflicto colectivo, sino también con las singularidades que la ejecución de estas sentencias presenta, y que, en ciertas condiciones, obliga a dar entrada a la vertiente negativa de la cosa juzgada material. En segundo lugar, conviene tener presente que si bien el artículo 160.5 LRJS y la jurisprudencia que lo acomoda al recurso de casación unificadora se formulan, en principio, para el concreto proceso de conflicto colectivo, por decisión legal también las sentencias de despido colectivo producen efecto de cosa juzgada respecto de las extinciones individuales. Pero, de nuevo, la extensión a estas otras sentencias de la doctrina jurisprudencial que exime del juicio de contradicción por la entrada de la cosa juzgada colectiva debe matizarse a la luz de las reglas de ejecución de estas resoluciones.

Pues bien, toda esta compleja temática constituye el objeto del estudio que con estas líneas se inicia. Al efecto se aclarará, en primer término, el alcance de las previsiones legales sobre cosa juzgada y ejecutabilidad de la senten-

⁶²⁵ Nótese que solo la suplicación abre la puerta a la casación unificadora, de modo que, si el conflicto colectivo es conocido en primera instancia por un Tribunal Superior de Justicia, al Tribunal Supremo llegará por la vía de la casación ordinaria.

cia de conflicto colectivo, para afrontar después el estudio de la jurisprudencia que ha dado traslado de estas reglas al particular contexto del recurso de casación unificadora⁶²⁶. A continuación, se evaluará la aplicabilidad de esta doctrina a las sentencias que resuelven despidos colectivos⁶²⁷. Para finalizar reflexionando sobre el verdadero alcance práctico de esta tesis jurisprudencial, en atención a dos parámetros concretos, a saber, si la cosa juzgada colectiva desplaza la contradicción solo en los casos de identidad objetiva entre el proceso colectivo y el individual, o si cabe también en los de simple conexidad directa; y si la fuerza de la cosa juzgada colectiva puede arrinconar otras exigencias formales de este recurso extraordinario, o si, en contrario, el estricto filtro de la admisión del recurso puede imposibilitar el juego de oficio de la cosa juzgada material colectiva.

2. FORMULACIÓN LEGAL DEL EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO EN EL PLEITO INDIVIDUAL E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE ENTRADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN UNIFICADORA

2.1 Cosa juzgada positiva versus ejecución colectiva de sentencias condenatorias en el proceso de conflicto colectivo (cosa juzgada negativa). Delimitación del alcance real del artículo 160.5 LRJS

A tenor de lo dispuesto en el artículo 222.4 LECv lo «resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos “o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”». Trasladando esta segunda posibilidad al ámbito procesal laboral, el artículo 160.5 LRJS dispone que la sentencia firme de conflicto colectivo, «... producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico obje-

⁶²⁶ Entre otras, SSTS de 8 de febrero de 2018, Rec. 426/16; de 3 de julio de 2018, Rec. 800/15, de 2 de octubre de 2018, Recs. 3074/14 y 3696/17, y de 16 de octubre de 2018, Recs. 1526/17 y 2117/17. Doctrina que ya se había formulado con anterioridad también en SSTS de 16 de junio de 2015, Rec. 608/14; de 16 de junio de 2015, Rec. 609/14; de 17 de junio de 2015, Rec. 601/14, de 18 de julio de 2017, Rec. 1532/2015; de 28 de noviembre de 2017, Rec. 428/16; y de 1 de diciembre de 2017, Rec. 1859/15, entre otras.

⁶²⁷ SSTS de 2 de octubre de 2018, Rec. 3696/17 y de 16 de octubre de 2018, Rec. 2117/17.

to o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria».

El precepto contempla dos imposiciones diversas (aunque necesariamente conectadas) llamadas a actuar en dos momentos procesales diferentes. La primera es la orden de suspensión del proceso individual en tanto no se resuelva con carácter firme el proceso colectivo, mediante una especie de prejudicialidad suspensiva, que no litispendencia porque no media la triple identidad que se exige para esta excepción procesal⁶²⁸. Esta orden funcionará, lógicamente, para aquellos casos en los que la demanda individual se ha presentado con anterioridad, y, como el legislador aclara, es una suspensión que el juzgador está obligado a decretar con independencia de la fase judicial en la que se encuentre el pleito. Desde la estricta perspectiva que aquí interesa se traduce en la obligación del Tribunal Supremo de suspender la tramitación del recurso de casación unificadora sea cual sea el momento en el que éste se encuentre⁶²⁹, incluso si se ha notificado ya la providencia de admisión, y pende de resolución por sentencia⁶³⁰, o si se encuentra la inadmisión en trámite de alegaciones antes de dictar el auto correspondiente, siempre que se acredite que ambos procesos tienen idéntico objeto en los términos que luego se verán.

La segunda orden que contiene el precepto se refiere ya al efecto de cosa juzgada que aquí interesa, mediante el predicamento de una suerte de preju-

⁶²⁸ Esta prejudicialidad no debe tampoco confundirse con las cuestiones previas, que han de resolverse necesariamente antes de entrar en el fondo del debate, y que se han venido asimilando a excepciones procesales cuya concurrencia puede imposibilitar la debida constitución de la relación procesal. En este sentido, VALLE MUÑOZ, F. A., *La prejudicialidad penal en el proceso de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 22; MARTÍNEZ ROCAMORA, L., «Cuestiones previas y prejudiciales en el proceso laboral», *REDT*, núm. 40, 1989, pp. 669 ss.

⁶²⁹ Véase en este sentido el ATS de 6 de junio de 2018, Rec. 4050/2015, por el que se decreta la suspensión de actuaciones en recurso de casación para la unificación de doctrina mientras se sustancie el proceso de conflicto colectivo coincidente, mediando desistimiento de proceso de conflicto colectivo anterior, en el que ya se había acordado la suspensión y presentación posterior de nueva demanda de conflicto colectivo individualizando las cantidades reclamadas, a fin de poder conseguir una sentencia condenatoria. También se decreta suspensión del recurso de casación unificadora a la espera de la resolución del pleito colectivo, entre otros, en los siguientes AATS de 18 de enero de 2017, Rec. 4050/15; de 26 de febrero de 2016, Rec. 1579/15, de 9 de marzo de 2016, Rec. 603/15, de 9 de marzo de 2016, Rec. 3075/14, de 15 de abril de 2016, Rec. 892/15; y de 3 de junio de 2016, Rec. 363/15.

⁶³⁰ *Vid.* a mero título de ejemplo, los AATS de 15 de abril de 2016, Rec. Reposición 892/15; y de 9 de marzo de 2016 Recs. Reposición 603/15; 3075/14, en los se deja por esta causa sin efecto la providencia de admisión, y se procede a la suspensión del recurso.

dicialidad normativa, que se hace factible, precisamente, mediante la impuesta suspensión del proceso individual en tanto se resuelve de forma firme el colectivo. Huelga señalar que la imposición de lo colectivo sobre lo individual tiene por finalidad soslayar la posibilidad de que conociendo diversos juzgadores de la misma cuestión litigiosa, ésta se solventa de modo diverso o contradictorio⁶³¹. Ahora bien, tanto la regla de suspensión como la de vinculación a lo decidido de forma firme en la sentencia colectiva, requieren de una lectura armonizada con las previsiones generales de ejecución de las sentencias de conflicto colectivo, y en particular, con la posibilidad de ejecución directa de las sentencias estimatorias de condena susceptibles de ejecución individualizada.

En efecto, las sentencias que resuelven estimatoriamente pretensiones condenatorias de conflicto colectivo resultan directamente ejecutables de forma colectiva, sin necesidad de seguir un proceso individual a tal efecto [mediante el auto de concreción a que se refiere el art. 247.1.g) LRJS]⁶³². Así se desprende del artículo 160.3 LRJS, cuando advierte que la sentencia de conflicto colectivo que estima la pretensión de condena susceptible de ejecución individual debe contener los datos precisos para tal ejecución, así como la declaración de que habrá de surtir efectos procesales no limitados a las partes del proceso⁶³³. En concreto, si se pretende la obtención de una condena susceptible de determinación individual posterior, el artículo 157.1.a) LRJS exige la identificación en la demanda de conflicto colectivo de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto, y de los datos, características y requisitos precisos, para que los particulares interesados puedan beneficiarse de la ejecución colectiva de la sentencia sin necesidad de plantear ulterior demanda indi-

⁶³¹ STS de 24 de julio de 2000, Rec. 2845/99. Por su parte, por ejemplo, en la STS 22 de marzo de 2019, Rec. 880/17, se aprecia el efecto positivo de la cosa juzgada derivada de sentencia firme de conflicto colectivo que acoge la pretensión deducida por los trabajadores (sobre el derecho de los profesores de religión que imparte su docencia en centros públicos de educación no universitaria de la Comunidad de Castilla y León al devengo y consiguiente abono del complemento específico para la formación permanente) con anterioridad a la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en el proceso individual sobre la materia. Aunque es justo señalar que entra a valorar la existencia de contradicción, no prescindiendo de su examen por el juego de la doctrina que aquí se analiza.

⁶³² En este sentido, FERÁNDIZ LÓPEZ, M. F., *Los procesos especiales en la jurisdicción social*, Bo-marzo, 2012, p. 81. En particular, sobre las dificultades de conformación de este auto, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La ejecución colectiva como instrumento de tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional social», *Diario La Ley*, núm. 8674, 2016.

⁶³³ Esta misma regla de ejecución colectiva funciona cuando planteada demanda individual en materia de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, se inicia proceso de conflicto colectivo contra la misma decisión (art. 138.4 en relación con el art. 247.2 LRJS).

vidual o paralizándolo en su caso la ya iniciada (suspendida a la espera de la decisión colectiva por la regla de suspensión *ya vista*)⁶³⁴.

Lógicamente, esta posibilidad legal reduce considerablemente el radio de acción efectivo de la cosa juzgada positiva formulada en el artículo 160.5, y, como desenlace natural, también la virtualidad práctica de la doctrina jurisprudencial que aquí se quiere analizar, pues la cosa juzgada colectiva que el Tribunal Supremo emplea para prescindir, como se verá, del juicio de contradicción solo es viable en el entorno que dejan las reglas de ejecución colectiva dichas. Ciertamente, solo si la sentencia colectiva no es de condena con posibilidad de ejecución individualizada (por ejemplo, porque los representantes de los trabajadores hayan optado por solicitar sentencia simplemente declarativa), o si la completa satisfacción de los derechos e intereses individuales requiere de demanda individual, tiene alguna cabida la cosa juzgada positiva a que se refiere el artículo 160.5 LRJS.

En el primer caso –sentencia declarativa– el juego de la cosa juzgada que aquí interesa es sencillo, lo dicho en la resolución colectiva en cuanto al fondo, vinculará al juez al resolver la demanda individual sobre esa cuestión, sin posibilidad de replanteamiento judicial de la temática ya resuelta. En los demás casos, cuando se trata de sentencia estimatoria de condena, solo entrará la cosa juzgada colectiva si el trabajador no se ha adherido a la ejecución colectiva⁶³⁵ o si discute cuestiones no suscitadas en el pleito colectivo. Huelga decir que en los casos de ejecución colectiva no se producirá un pronunciamiento expreso en el proceso individual, sino la simple ejecución de la decisión de alcance colectivo, haciendo por tanto inviable el juego de la cosa juzgada material positiva. Es más, si el particular se beneficia de la ejecución colectiva de la sentencia no podrá luego interponer o reabrir una demanda individual con el mismo objeto, pues en tal contexto jugará el efecto negativo de cosa juzgada, que impide replantear lo ya resuelto y ejecutado para el sujeto individual (regla general del art. 222.1 LECv).

De este modo, las reglas de ejecución de las sentencias de conflicto colectivo hacen que la doctrina jurisprudencial que a este estudio interesa solo pueda campar en los casos en los que no media ejecución colectiva que afecte a la demanda individual (de lo contrario funcionará el efecto negativo visto), bien porque el conflicto no era susceptible de individualización o no se planteó

⁶³⁴ Téngase en cuenta que las sentencias que condenan a obligaciones de hacer, pero en las que no se concretan los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto, no son ejecutables colectivamente (STS de 9 de junio de 2015, Rec. 25/14).

⁶³⁵ Obviamente, no cabe ejecutar aspectos no contenidos en el fallo de la sentencia colectiva (STS de 29 de marzo de 2016, Rec. 258/14).

la demanda con tal pretensión⁶³⁶, bien porque el trabajador no se adhirió a la ejecución colectiva, bien porque la demanda individual se planteó con posterioridad a dicha ejecución. En estos casos, la sentencia que resolvió el conflicto colectivo producirá efecto positivo de cosa juzgada en el proceso individual, de modo que cuando éste se encuentre en fase de casación unificadora, si se ha suspendido, se reabrirá decidiendo sobre el fondo del asunto en igual sentido que lo fallado en la sentencia colectiva firme, sin necesidad de contradicción, haciendo lo mismo de forma directa (sin suspensión), si la demanda individual se formula con posterioridad a que adquiera firmeza la colectiva.

2.2 Interpretación jurisprudencial de la incidencia del artículo 160.5 LRJS en el recurso de casación unificadora. Formulación general

Aclarados ya los contornos prácticos de la jurisprudencia a comentar, es el momento de adentrarse ya en los términos concretos en los que ésta se formula. Como se acaba de señalar, el artículo 160.5 LRJS ordena el efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia colectiva, que, por razones obvias, está llamada a funcionar cuando se ha resuelto con carácter firme el conflicto colectivo, y procede continuar la tramitación del individual (suspendido) o entrar a conocer de la demanda del particular por primera vez (para el caso de que no se haya decretado la suspensión por haberse presentado ésta con posterioridad a la adquisición de firmeza de la colectiva). En estos casos, la intensidad de la cosa juzgada positiva de la sentencia colectiva resulta tan irrefragable que la jurisprudencia se ha visto forzada, como se viene adelantando, a darle entrada con plena eficacia también en el contexto del recurso de casación unificadora⁶³⁷.

⁶³⁶ Véase, en este sentido, la STS 18 de diciembre de 2018, Rec. 225/17, en la que se viene a decir que la demanda colectiva debe contener «los requisitos generales» que el artículo 80 LRJS requiere para cualquier demanda laboral y, además, los previstos en el artículo 157 de dicha ley, entre los que se encuentra «la designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto». De modo que cuando el artículo 157.1.a) precisa que «cuando se formulen pretensiones de condena que, aunque referidas a un colectivo genérico, sean susceptibles de determinación individual ulterior sin necesidad de nuevo litigio, habrán de consignarse los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas», esa concreción individual es solo necesaria cuando se formulen pretensiones de condena que sean susceptibles de determinación individual, lo que constituye una opción para el demandante del conflicto.

⁶³⁷ Incluso se admite que el efecto positivo de la sentencia colectiva desplaza el individual previo para posteriores planteamientos judiciales. Es decir, que resuelto con carácter previo y firme un pleito individual en lugar de apreciar el efecto de cosa juzgada en las posteriores reclamaciones respecto de esta inicial decisión, se dé entrada a la sentencia colectiva que resuelve de un modo diferente (SSTS de 19 de julio de 2018, Rec. 903/2017; de 20 de julio de 2018, Rec. 2335/17; de 18 de diciembre de 2018, Rec. 710/17; de 25 de septiembre de 2019, Rec. 963/17; y de 11 de septiembre de 2019, Rec. 1650/17).

Así lo ha venido sosteniendo la Sala desde su sentencia de 16 de junio de 2015, Rec. 608/2014, en la que, por primera vez, se formula la actual lectura jurisprudencial del artículo 160.5 LRJS⁶³⁸. Como se destaca en esta sentencia, la parte final de ese precepto, al establecer que vincula al Tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, «incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como contradictoria», obliga a entender que aunque la parte recurrente no haya trabado la contradicción con la sentencia de conflicto colectivo, ésta debe ser tenida igualmente en cuenta para resolver el fondo del asunto, desplazando, en su caso, la sentencia seleccionada por la parte, en coherencia con la impuesta suspensión del proceso individual⁶³⁹.

Como continúa diciendo esta inaugural sentencia, para «... cumplir con ese objetivo de seguridad jurídica, en estos casos no resultan aplicables las disposiciones del artículo 219 LRJS sobre el análisis de la existencia de contradicción doctrinal, por cuanto en estos supuestos no se trata de unificar doctrinas contrapuestas, sino de imponer la llamada «santidad de la cosa juzgada», cuyos efectos positivos el artículo 160.5 LRJS atribuye a las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo con respecto a los procesos individuales que se sigan con el mismo objeto. La prevalencia de la sentencia dictada en proceso colectivo sobre la recaída en proceso individual la impone la norma estableciendo la necesidad de suspender los procesos individuales, aunque estuviesen pendientes del recurso de casación, hasta que recaiga sentencia firme en el proceso colectivo, así como estableciendo que la sentencia recaída en el proceso colectivo producirá efectos de cosa juzgada en los procesos individuales y vinculará al Tribunal que los resuelva, incluso si recae tras interponer el recurso de casación unificadora. Consiguientemente, por imperativo de esta norma especial resultan inaplicables las disposiciones del artículo 219 de

⁶³⁸ Paralelamente, por primera vez, esta sentencia admite la posibilidad, negada hasta ese momento, de considerar idóneas a efectos de contraste las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo en instancia procedimientos de conflicto colectivo (sin ser, por tanto, de duplicación). Posibilidad que había sido rechazada por sentencia del Pleno de la Sala de 1 de junio de 2011, Rec. 3069/06.

⁶³⁹ Como se advierte en la sentencia «Si la tramitación de los procesos individuales debe suspenderse durante la sustanciación del conflicto colectivo, cualquiera que sea el trámite en el que se encuentren, para que la sentencia que recaiga en este produzca efectos de cosa juzgada en el proceso individual y si el Tribunal que vaya a resolver los recursos pendientes en los procesos individuales, incluso el de casación, está vinculado por la sentencia firme recaída en el proceso colectivo, es claro que para cumplir el fin perseguido por la norma, la referida sentencia firme debe tenerse presente para resolver el recurso de casación unificadora, por cuanto en otro caso podrían recaer resoluciones contradictorias, lo que sería contrario a los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica cuya efectividad persigue la norma por imperativo artículo 24 de la CE. Y es que, si los procesos individuales se suspenden mientras se tramita el proceso colectivo, a modo de litispendencia establecida por la Ley en favor de la preferente tramitación del proceso colectivo aunque se inicie después, para que produzca en ellos efectos de cosa juzgada la sentencia firme que recaiga en el proceso colectivo, resulta claro que por imperativo legal esa sentencia vincula en los procesos individuales, aunque se encuentren en trámite de casación unificadora cuando se produzca la firmeza...».

la LRJS, cuando se trata de la aportación en cualquier momento procesal, de sentencias firmes recaídas en procesos colectivos que vinculan al Tribunal que debe resolver un proceso individual con el mismo objeto»⁶⁴⁰.

Esta doctrina ha sido luego reiterada en numerosas ocasiones, básicamente reproduciendo aquellos iniciales argumentos, e insistiendo en la prevalencia de lo colectivo sobre la decisión individual, y en la inaplicación, por tanto, de la exigencia de contradicción del artículo 291 LRJS, aunque, en realidad, las sentencias sean *de facto* materialmente contrarias⁶⁴¹. No obstante, una lectura más detenida de estas sentencias, acompañada de una valoración caso por caso de los supuestos en los que se prescinde del análisis de la contradicción, desvela que su aplicación no es tan ambiciosa como pudiera parecer en un principio.

2.3 Elementos de obligada concurrencia para la apreciación de la cosa juzgada positiva en casación (indirecto retorno a una contradicción «ligera»)

La intensa fuerza de lo colectivo no significa, ni mucho menos, que siempre que exista una sentencia resolutoria de un conflicto colectivo sobre una temática concreta vaya a desplazarse la exigencia de contradicción en los recursos particulares de casación unificadora. En efecto, aunque el artículo 160.5 LRJS dispone que la sentencia colectiva firme⁶⁴² vinculará al juzgador del pleito individual tanto si media identidad objetiva como si cabe apreciar «directa conexión» entre los litigios⁶⁴³, la Sala ha dado un tratamiento muy diverso a am-

⁶⁴⁰ Aunque ya con anterioridad se había dicho que la excepción de cosa juzgada era apreciable de oficio «por los intereses públicos que tutela, intereses que justifican que el legislador imponga en estos casos que la sentencia firme del proceso colectivo vincule al resolver el recurso de casación unificadora». La sentencia referencia las siguientes SSTS de 29 de mayo de 1995, Rec. 2820/94, de 27 de enero de 1998, Rec. 1956/97, de 29 de marzo de 1996, Rec. 1998/95, y de 23 de julio de 1999, Rec. 4817/98.

⁶⁴¹ Así se sostiene en SSTS de 16 de junio de 2015, Rec. 609/14; de 17 de junio de 2015, Rec. 601/2014; de 18 de julio de 2017, Rec. 829/15; de 28 de noviembre de 2017, Rec. 428/16; de 29 de noviembre de 2017, Rec. 3075/14; de 29 de noviembre de 2017, Rec. 363/15; de 8 de febrero de 2018, Rec. 426/16; de 3 de julio de 2018, Rec. 800/15, de 2 de octubre de 2018, Recs. 3074/14 y 3696/17, de 16 de octubre de 2018, Recs. 1526/17 y 2117/17; y de 8 de enero de 2019, Rec. 1522/17.

⁶⁴² Solo producirán efecto de cosa juzgada las sentencias colectivas firmes, es decir, las que resuelven la cuestión sin posibilidad de recurso, en coherencia con la necesaria suspensión del pleito individual a la espera de que el colectivo adquiera tal condición. La LRJS ha querido atribuir a los acuerdos de conciliación judicial el mismo efecto de cosa juzgada que a la sentencia firme solo para los despidos colectivos [art. 124.13.b)2.º LRJS], con lo que no parece predicable del resto de acuerdos a los que puedan llegar las partes en el marco de impugnaciones de convenios o conflictos colectivos. Así parece haberlo entendido el TS (véase STS de 22 de febrero de 2019, Rec. ord. 226/17).

⁶⁴³ En coherencia con la regulación general de la cosa juzgada positiva prevista en el artículo 222.4 LECv (SSTS de 18 de julio de 2017, Rec. 603/15; de 18 de julio de 2017, Rec. 829/15; de 28 de noviembre

bas coyunturas, restringiendo la apreciación de oficio de la cosa juzgada a los supuestos de plena identidad objetiva, previa evaluación de las circunstancias concurrentes en cada caso. Lo que, en realidad, es la única solución acorde con las reglas ya vistas de ejecución de sentencias de conflicto colectivo y de apreciación del efecto negativo de la cosa juzgada.

La «identidad objetiva» significa que la cuestión litigiosa resulta coincidente, en el sentido de que lo pretendido en el proceso individual –en esta fase, en el recurso de casación– ha sido objeto resuelto del proceso colectivo. Esta identidad hace que en el proceso individual solo puedan debatirse otras cuestiones, pues para la ya resuelta con firmeza funciona la imposibilidad de replanteamiento propia de la cosa juzgada negativa en el particular ámbito del conflicto colectivo. Es cierto que, con carácter general, para que la cosa juzgada negativa imposibilite un nuevo enjuiciamiento sobre el tema se requiere que medie identidad absoluta de los elementos de la pretensión (mismos sujetos, mismo objeto, misma causa de pedir) [art. 222.1 LECv] –al igual que la litispendencia–⁶⁴⁴. No obstante, por lógica, esta plena identidad debe acomodarse a las particularidades de la relación procesal que nos ocupa (colectivo/individual), que hay que entender que se traducen en la exclusiva identidad del objeto litigioso, y en la interconexión entre la vertiente positiva y la negativa de la cosa juzgada.

Ciertamente, en los casos de identidad objetiva, la vinculación que proclama el artículo 160.5 LRJS debe entenderse en el sentido de que en el proceso individual no pueden discutirse nuevamente cuestiones ya resueltas en el colectivo⁶⁴⁵. Dicho de otro modo, frente a la regla general que implica que la cosa juzgada negativa cierra las puertas al planteamiento de un nuevo proceso judicial –luego la vertiente negativa hace inviable el juego procesal de la positiva porque no llega a admitirse el inicio del segundo pleito–, en el ámbito del conflicto colectivo, ambas vertientes de la cosa juzgada (negativa/positiva) van de la mano, de modo que si el pleito individual se inicia con anterioridad al colectivo funciona la ya comentada suspensión, de manera que cuando se reabre el individual la vertiente negativa de la cosa juzgada impide volver a debatir el punto ya resuelto en el conflicto colectivo, funcionando la cosa juzgada positiva para solventar la

de 2017, Rec. 428/16; de 29 de noviembre de 2017, Rec. 3075/14; de 29 de noviembre de 2017, Rec. 363/15; y de 8 de febrero de 2018, Rec. 426/16).

⁶⁴⁴ Sobre el particular, SSTS de 25 de octubre de 2018, Rec. 203/17; y de 29 de enero de 2019, Rec. 33/17.

⁶⁴⁵ Téngase en cuenta, por ejemplo, que la STS de 25 de octubre de 2018, Rec. 203/17 (en casación unificadora) aprecia cosa juzgada negativa en relación con la demanda de conflicto colectivo planteada para el reconocimiento de la condición de fijeza a los trabajadores de TRAGSATEC, al existir previa sentencia colectiva que los declaró indefinidos no fijos tras renunciar los sindicatos demandantes a la fijeza inicialmente solicitada en la demanda.

cuestión en el proceso particular⁶⁴⁶. De igual modo, si la demanda individual se plantea con posterioridad, no funcionará la cosa juzgada negativa para negar la posibilidad de iniciar un proceso judicial, sino para volver a discutir en él la cuestión, jugando en este contexto la cosa juzgada positiva para resolver la demanda individual en el mismo sentido que la sentencia colectiva. Eso sí, en uno y otro caso, la entrada de la cosa juzgada colectiva deberá acontecer en todo su esplendor, a costa, si es preciso, de la exigencia ordinaria de contradicción propia del recurso de casación unificadora, tal como ha entendido la jurisprudencia.

No obstante, aunque la norma no lo diga expresamente (ni tampoco se sostenga con rotundidad por la jurisprudencia), parece razonable exigir, además de que se trate de la misma cuestión litigiosa, que exista correspondencia con el ámbito subjetivo del objeto litigioso colectivo, es decir, que se trate del mismo personal de la misma empresa (si el conflicto colectivo se planteó en éste ámbito)⁶⁴⁷, de idéntico sector (si el colectivo alcanzaba a todo un sector), y del mismo ámbito territorial (local, regional o estatal); y que se mantenga la identidad temporal⁶⁴⁸. Pues, aunque el objeto litigioso pueda coincidir aparentemente, lo dicho para un contexto temporal, geográfico o empresarial concreto no puede condicionar directa y automáticamente (sin valoración de la contradicción), lo suscitado en un ámbito diferente⁶⁴⁹. No en vano, si no media esta correlación subjetiva y temporal, no podrá hablarse en sentido estricto de identidad objetiva, con lo que no resultará justificado el desplazamiento de la exigencia de acreditada contradicción en el recurso de casación unificadora.

⁶⁴⁶ También será necesario que no se haya producido una ejecución colectiva de la sentencia condenatoria que haya alcanzado al particular recurrente, pues en tal caso funcionaría la cosa juzgada negativa ya señalada.

⁶⁴⁷ Así, por ejemplo, en la STS de 13 de febrero de 2019, Rec. ord. 240/2017, se descarta la aplicación del efecto de cosa juzgada entre dos procesos colectivos en los que se discute la misma cuestión litigiosa, para trabajadores de la misma empresa, pero para distinto personal porque «no concurren las identidades subjetivas y objetivas que requiere el artículo 222 de la LECv».

⁶⁴⁸ En efecto, lo mismo cabría objetar cuando el transcurso del tiempo ha podido incorporar hechos o circunstancias relevantes que justifiquen un alejamiento de la cosa juzgada. No en vano, el propio Tribunal Supremo ha admitido la inaplicación de la cosa juzgada entre una primera sentencia colectiva que interpreta o decide sobre la aplicación de un determinado precepto convencional, respecto de un segundo pleito en el que se discute la aplicación de ese mismo precepto, sin variación de su literalidad, pero para un nuevo convenio, cuando concurren circunstancias que puedan hacer pensar que ha variado la voluntad de los negociadores. Como sostiene la jurisprudencia han podido variar las circunstancias en las que el inicial convenio fue negociado, sin que, por tanto, pueda imponerse sin más aquella interpretación o decisión judicial en el nuevo contexto negocial. Por todas, haciendo balance de la doctrina al respecto, STS de 28 de noviembre de 2018, Rec. ord. 193/15. En similar sentido, STS de 9 de diciembre de 2010, Rec. ord. 46/09. No obstante, también cabe apreciar dicho efecto si la redacción del precepto es exactamente el mismo y no se ha producido alteración alguna de las circunstancias (STS de 30 de marzo de 2010, Rec. ord. 48/09).

⁶⁴⁹ Sobre el particular, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La cosa juzgada positiva en el proceso social. Configuración legal y aportación jurisprudencial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núms. 437-438, 2019, pp. 58-60.

Así las cosas, cuando la propia Sala acuerda suspender la tramitación del recurso individual a la espera del colectivo, cabe presumir que concurre la identidad objetiva, subjetiva y temporal necesaria, pero en el resto de casos –y en ocasiones también en éste– su apreciación deberá superar un examen previo de los términos de la pretensión, de las circunstancias personales y temporales concurrentes, y de la causa de pedir entre la sentencia recurrida y la colectiva, lo que, al fin y a la postre, supone, en cierto modo, sujetar a comparación ambas resoluciones, o lo que es lo mismo valorar la posible contradicción entre la resolución individual y la colectiva, eso sí, aunque no haya sido esta última la aportada de contraste, y ocupándose de la comparación, de oficio, el propio Tribunal (sin quedar condicionado por la actuación del recurrente en este punto). Dicho de otro modo, en este contexto el juicio de la contradicción se aligera y, además, en su caso, se lleva a cabo de oficio, aunque la parte no lo haya trabado con la sentencia colectiva.

Si esto es lo que acontece con la contradicción en los casos de identidad de objeto, más aún con la «directa conexidad» a la que se refiere el artículo 160.5, que se sitúan próxima a la idea clásica de la cosa juzgada positiva como aquella que deriva de la consideración del primer pleito (en este caso el colectivo) como «antecedente lógico» del segundo (art. 222.4 LEC)⁶⁵⁰. En estos casos, con carácter general, el Tribunal Supremo no decreta la suspensión del recurso individual a la espera resolver lo colectivo, porque no resulta normalmente sencillo prever ese condicionamiento⁶⁵¹. Tampoco el efecto negativo de la cosa juzgada que se vio para los casos de identidad objetiva tiene aquí la intensidad necesaria para una apreciación automática, imposibilitando una discusión judicial sobre el asunto. Es preciso, al menos, entrar a valorar la vinculación que en la decisión del pleito individual haya de tener la decisión colectiva conexa en atención a los elementos de juicio concurrentes.

En realidad, es una obviedad que la apreciación de esa directa conexidad entre los pleitos exige entrar a valorar las circunstancias y pretensiones concurrentes, lo que, sin llegar a ser un análisis estricto de contradicción, sí guarda una innegable proximidad con ésta⁶⁵². De modo que, aunque puede en hipóte-

⁶⁵⁰ En general sobre este condicionante de la cosa juzgada, SSTS de 26 de octubre de 2004, Rec. 4286/2003; de 30 de septiembre de 2005, Rec. 1992/04; de 30 de septiembre de 2005, Rec. 1992/04; de 5 de julio de 2006, Rec. 1681/05; de 10 de noviembre de 2015, Rec. ord. 360/14; de 10 de mayo de 2016, Rec. ord. 49/15; de 26 de abril de 2017, Rec. ord. 243/16; de 29 de mayo de 2018, Rec. 2333/16; de 25 de octubre de 2018, Rec. 203/17; y de 22 de febrero de 2019, Rec. 226/17.

⁶⁵¹ A mero título de ejemplo, véanse los AATS de 3 de marzo de 2016, Rec. 3028/14; y de 15 de febrero de 2016, Rec. 1039/15, denegatorios de la suspensión por entender que no se produce una identidad de objetos.

⁶⁵² Se ha admitido esta conexidad respecto de dos demandas colectivas, aunque sean de distinta naturaleza –por ejemplo, conflicto colectivo e impugnación de convenio– (SSTS de 10 de noviembre de

sis apreciarse en estos casos el efecto de cosa juzgada sin necesidad de que el recurrente trabe debidamente la relación de contradicción, lo cierto es que, salvo que la Sala Cuarta tenga conocimiento propio de la existencia de un pronunciamiento colectivo suficientemente próximo (por haber resuelto en sede casacional el pleito), se hace difícil imaginar cómo, sin cierta intervención de la parte actora, puede en estos casos aplicarse, sin más, el efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia colectiva.

De hecho, el examen de la casuística revela que, en realidad, en estos casos, la Sala entra a examinar la contradicción antes de apreciar el efecto de cosa juzgada de lo colectivo sobre lo individual. Ciertamente, sin necesidad de desgranar los detalles de todas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha puesto en práctica esta doctrina, puede afirmarse con rotundidad que la jurisprudencia solo ha dado entrada directa a la sentencia de conflicto colectivo, por el juego de la cosa juzgada positiva, a costa de la contradicción, en los casos de palmaria identidad objetiva, por tratarse de la misma cuestión, para la misma empresa, y con identidad subjetiva de trabajadores (respecto de los que se había decretado previamente suspensión).

Así, la primera «saga» de sentencias sobre el particular, se refieren a supuestos en los que se discute sobre la fecha de efectos económicos de la actualización salarial en la Fundación Canaria de Juventud IDEO, en particular, en la demanda colectiva se postulaba un pronunciamiento judicial por el que se declarase el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que la actualización salarial correspondiente al año 2009 se estableciese aplicando a los salarios establecidos en las tablas del Convenio Colectivo de Fundación IDEO (*BOC* 16 de julio de 2009) para 2008, y con el incremento experimentado por el IPC en la Comunidad Autónoma de Canarias en esa última anualidad, siendo precisamente tal régimen de retribución el pretendido en los procesos individuales. Esta cuestión se resolvió por aplicación del artículo 160.5 LRJS sin exigencia de contradicción, y con apreciación de oficio de la cosa juzgada en las sentencias de 16 de junio de 2015, Recs. 608/14 y 609/14; y de 17 de junio de 2015, Rec. 601/2014.

La doctrina formulada en estas sentencias se reproduce en la STS de 5 de mayo de 2016, Rec. 3494/2014 (aunque fechada unos días antes), para dar entrada de oficio a la cosa juzgada colectiva por apreciar identidad de objeto entre el proceso individual y el colectivo del que había conocido la propia Sala, al tener ambos por objeto la interpretación y aplicación del Acuerdo de Desarrollo Profesional para el colectivo de Fabricación y Mantenimiento que, en su

2009, Rec. ord. 42/08; y de 14 de julio de 2016, Rec. ord. 271/15). Pero en estos casos en el contexto de recursos de casación ordinaria, en los que no se exige contradicción de ningún género.

apartado V de condiciones laborales, regula el trabajo en sábados, domingos y festivos, y constar acreditado que el trabajador demandante prestaba servicios en esa misma área⁶⁵³.

El otro bloque de sentencias en el que se acoge de oficio el efecto de cosa juzgada colectiva es el que resuelve los recursos de casación unificadora planteados por la empresa FCC Medio Ambiente SA, respecto de los pleitos individuales en los que se le reclamaba el pago de las diferencias retributivas derivadas de la aplicación del convenio colectivo sectorial en el periodo correspondiente⁶⁵⁴. En concreto, se discutía en los procesos individuales sobre la ultraactividad de la actualización salarial en aplicación del convenio colectivo provincial de Granada para el sector de limpieza pública viaria, riesgos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, materia que para esa empresa concreta en ese mismo ámbito había decidido el propio Tribunal Supremo el 8 de noviembre de 2016, Rec. 102/2016. En este caso, aunque la empresa en algunos recursos alegaba otra sentencia de contraste (respecto de la que pudiera resultar dudosa la identidad del art. 219 LRJS), la Sala estima la pretensión empresarial aplicando su sentencia resolutoria del conflicto colectivo –sin concurrencia de ninguna circunstancia novedosa por el transcurso del tiempo (ni elemento distorsionador en el relato de hechos)–.

3. APLICABILIDAD DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL A OTRAS SENTENCIAS COLECTIVAS

3.1 **Diversa formulación legal del efecto de cosa juzgada colectiva. Despido colectivo e impugnación de convenio**

Además de para las sentencias de conflicto, el legislador ha decidido reconocer efecto de cosa juzgada de lo colectivo respecto de lo individual tam-

⁶⁵³ Lo que se niega en la STS de 21 de enero de 2018, Rec. 1374/16, al constar probado que el actor estaba adscrito a «la Dependencia de Base de Mantenimiento Motor Barcelona», lo que implicaba estar incluido en el ámbito de aplicación del mencionado Acuerdo, e impedía adoptar la misma decisión que en el proceso colectivo de forma directa, sometándose por tanto el recurso a la exigencia de contradicción. También se ha entrado a valorar la contradicción sobre esta temática en las SSTS de 14 y 15 de julio de 2020, Recs. 2466/2018, 2949/2018, 2977/2018, 3109/2018, 3450/2018, 3810/2018 y 4035/2018 y 2949/2018, aunque para apreciar finalmente el efecto de cosa juzgada de sentencia colectiva.

⁶⁵⁴ SSTS de 18 de julio de 2017, Recs. 603/15 y 892/15; de 28 de noviembre de 2017, Rec. 428/26; de 29 de noviembre de 2017, Recs. 3075/14 y 363/2015; de 8 de febrero de 2018, Rec. 426/16; de 1 de marzo de 2018, Recs. 1579/15, 1858/15 y 2573/16; de 12 de junio de 2018, Rec. 810/17; de 3 de julio de 2018, Rec. 800/15; de 2 de octubre de 2018, Recs. 3074/14; de 16 de octubre de 2018, Rec. 1526/17, de 8 de enero de 2019, Rec. 1522/17, y de 17 de septiembre de 2019, Rec. 1524/17.

bién para otras sentencias firmes, en concreto, la que resuelve una impugnación de convenio colectivo, y la dictada en demandas de despido colectivo (en este caso con alcance positivo o negativo según el tipo de acción judicial). Pudiera entenderse que tal reconocimiento legal supone la extensión también a estos casos de la jurisprudencia de desplazamiento de la exigencia de contradicción en casación unificadora cuando se produce esa identidad objetiva. Pero no es así para los dos supuestos.

Es cierto que el artículo 166.2 LRJS en el proceso de impugnación de convenio, dispone que la sentencia «firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso». Pero en la medida en que ni se prevé regla suspensiva de ningún género del pleito individual a la espera del colectivo, ni se contiene referencia alguna al artículo 160.5 LRJS en el Capítulo IX (regulador del proceso especial de impugnación de convenio)⁶⁵⁵, que sí se enuncia para el despido colectivo, resulta francamente difícil sostener que también a este contexto llega la doctrina del desplazamiento del requisito de contradicción. En realidad, el hecho de que la LRJS proclame para la sentencia colectiva de impugnación de convenio un efecto de cosa juzgada sobre lo individual solo quiere decir que dicha sentencia firme vinculará al Tribunal Supremo cuando resuelva el fondo del recurso de casación unificadora suscitado por el particular (o en su caso por la representación de los trabajadores)⁶⁵⁶, impidiendo su replanteamiento, y resolviendo el tema condicionado por la sentencia colectiva. Pero habiendo tenido que cubrirse previa-

⁶⁵⁵ Así parece haberlo entendido el TS, por ejemplo, en el ATS de 17 de noviembre de 2016, Rec. 2933/15, en el que viene a decir que la suspensión no procede respecto del proceso de impugnación de convenio colectivo.

⁶⁵⁶ Téngase en cuenta, en cuanto al alcance de la cosa juzgada en este concreto procedimiento, que, como se advierte recientemente en la STS de 28 de noviembre de 2018, Rec. 193/15, respecto de sentencias dictadas en impugnación de convenios colectivos de años anteriores con idéntica redacción literal, cuando las circunstancias son distintas no cabe apreciar cosa juzgada, ya que los elementos de juicio que en su momento se aceptaron pueden haber variado. Recuérdese, paralelamente, que como recuerda la STS de 11 de julio de 2019, Rec. 77718, de acuerdo con el artículo 400.2 LECv el efecto de litispendencia o de cosa juzgada alcanza a los argumentos jurídicos que pudieran haberse esgrimido en el proceso precedente para amparar la pretensión, pero aquel efecto no se produce ni existe preclusión cuando en el posterior proceso se hacen valer pretensiones con sustantividad propia, como sucedía en este caso, porque en el segundo proceso se solicitaba la inaplicación por ilegal de un precepto del convenio colectivo, y dicha pretensión nada tenía que ver con la deducida en el proceso anterior de interpretación de la norma convencional, aunque ambas se articulasen por la misma vía de conflicto colectivo. La sentencia razona que si bien en el proceso anterior de conflicto colectivo, la parte actora pudo basar su pretensión en la inaplicación del precepto convencional en cuestión (tal y como le permite la LRJS en art. 163.4), y no centrarlo solo en la interpretación del mismo, se trata de acciones autónomas, independientes y con un efecto y alcance sustancialmente diferente.

mente todas y cada una de las exigencias propias de este extraordinario recurso, entre ellas la contradicción⁶⁵⁷.

Por el contrario, en el caso del despido colectivo el legislador remite expresamente a la regla del artículo 160.5, lo que, sin duda, facilita la entrada también en este contexto de la tesis jurisprudencial de desplazamiento de la exigencia de la contradicción para garantizar el respeto de la sentencia colectiva de despido. No obstante, esta extensión no resulta en modo alguno predicable de todas las sentencias que resuelven demandas de despido colectivo. Antes, al contrario, la lectura de las reglas procesales del despido colectivo obliga a concluir que la cosa juzgada positiva sin contradicción –otra cosa es la negativa– solo es posible respecto de la demanda iniciada a instancia del empresario en ausencia de impugnación de oficio o de los representantes de los trabajadores. No en vano, la llamada expresa a este otro precepto que se formula en el capítulo regulador del proceso de despido colectivo se contiene exclusivamente en el artículo 124.3 LRJS, para la llamada «acción de jactancia», cuya finalidad no es otra que la de conseguir una declaración judicial que avale la conformidad a derecho del despido, que produzca efectos de cosa juzgada sobre los pleitos individuales, precisamente porque este proceso finaliza siempre con una sentencia declarativa. Así las cosas, si el empresario activa esta vía judicial, y la sentencia declara el despido ajustado a derecho, lo normal es que los trabajadores no impugnen su despido⁶⁵⁸, pero de hacerlo la sentencia resolutoria de la acción de jactancia producirá efecto de cosa juzgada en el pleito individual. Lo mismo sucederá si la sentencia declara el despido no conforme a derecho, respecto de las demandas individuales de impugnación de la extinción. En ambos casos resultará imposible replantear en el proceso individual la procedencia o improcedencia del despido colectivo, pero en tanto que la acción empresarial finaliza siempre con una sentencia declarativa, que no admite ejecución directa, cada particular extinción exigirá acción procesal, en la que la decisión colectiva producirá efecto de cosa juzgada, desplazando en su caso la exigencia de contradicción.

No ocurre exactamente lo mismo cuando el despido colectivo es impugnado por los representantes de los trabajadores. En este caso, si el proceso finaliza

⁶⁵⁷ En efecto, en el caso de la impugnación de convenio colectivo, cuando el Tribunal Supremo resuelva el recurso de casación unificadora del pleito individual sobre el precepto o preceptos del convenio impugnado, lo hará quedando vinculado por la decisión colectiva ya sea en cuanto a la nulidad del precepto –o la degradación del convenio al rango de extraestatutario–, a su convalidación o a su interpretación (art. 166.2 LRJS).

⁶⁵⁸ STS de 2 de julio de 2018, Rec. 2250/16.

declarando la nulidad del despido, la sentencia es, a día de hoy⁶⁵⁹, objeto de ejecución colectiva⁶⁶⁰. Ello porque en estos casos, a entender del Tribunal Supremo, por expreso mandato de la ley, se produce una obligación legal de condena⁶⁶¹, con lo que las sentencias que declaran el despido colectivo nulo constituyen títulos cuya ejecución puede llevarse a cabo a través de los trámites previstos en el artículo 247.1 LRJS, «sin necesidad de acudir a procedimientos individuales»⁶⁶², incluso en los supuestos en los que no se cubren las exigencias de individualización que se prevén expresamente para la ejecución directa de las sentencias de condena en conflicto colectivo, como ya vimos⁶⁶³. No en vano,

⁶⁵⁹ Hasta el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto (luego Ley 1/2014, de 28 de febrero), estas sentencias eran declarativas. SSTS de 28 de febrero de 2014, Rec. 16/13; y de 10 de febrero de 2016, Rec. 171/15, ATS de 23 de julio de 2013, Rec. 8/12. Sobre la problemática en la regulación precedente, TASCÓN LÓPEZ, R., «La impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral», *RTSS (CEF)*, núms. 353-354, 2012, pp. 5 ss; MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La nueva modalidad procesal de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012», *AL*, núm. 3, 2013, pp. 3 ss; ARUFE VARELA, A., «Defectos de técnica legislativa en la regulación de la nueva modalidad procesal de impugnación colectiva del despido colectivo: la necesidad de una reforma inaplazable», *RL*, núm. 12, 2013, pp. 165 ss.

⁶⁶⁰ STS 116 de septiembre de 2015, Rec. 327/14.

⁶⁶¹ De hecho, el artículo 124.11 LRJS, cuando se refiere a la sentencia que declara la nulidad del despido, advierte expresamente que «... declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley».

⁶⁶² STS SG de 19 de octubre de 2017, Rec. ord. 118/17. Parte de la doctrina había venido entendiendo que la sentencia que declaraba la nulidad del despido debía sujetarse a las mismas reglas de concreción para ejecución colectiva previstas para los procesos de conflicto colectivo. A mero título de ejemplo, FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., «La ejecución en los procesos de despidos colectivos. Especial referencia a las sentencias de naturaleza colectiva», *Trabajo y Derecho*, núm. 28, 2017, p. 3.

⁶⁶³ Téngase en cuenta, en todo caso, que, como ha aclarado la jurisprudencia, la ausencia de parámetros de cuantificación en la sentencia que declara nulo el despido colectivo y la obligación de readmisión y abono de salarios no debe generar la imposibilidad de su ejecución y la inexigibilidad de la consignación de éstos, y ello por cuanto: 1) La previsión de ejecución contemplada en el artículo 247 LRJS *in fine* no ha ido seguida de una modificación correlativa y directa de las exigencias de la demanda de despido colectivo; 2) Muy probablemente la razón de ello es que, a diferencia de las demandas de conflicto colectivo con pretensión de condena –con lo variadas que pueden ser–, las de despido colectivo con petición de nulidad presentan un contenido de condena directamente identificable en cuanto a los sujetos, fácilmente determinable en su cuantía y cuyos elementos clave son factores manejados por la empresa y los representantes de los trabajadores desde el primer momento de la negociación ordenada por la ley; 3) La falta de cuantificación de los salarios de tramitación no es argumento a tomar en cuenta, puesto que en las sentencias de despido individual declarado nulo nunca han resultado cuantificados exactamente por el órgano judicial, y ello no ha sido impedimento para aceptar su ejecución; 4) Además el artículo 247 de la LRJS regula un proceso incidental para la ejecución que pone de manifiesto, en lo que a condenas dinerarias se refiere, que la ejecutada tiene la obligación de que «... cuantifique individualizadamente la deuda y proponga, en su caso, una fórmula de pago» (SSTS SG de 20 de abril de 2015, Rec. ord. 354/14; de 20 de mayo de 2015, Rec. ord. 179/14; de 29 de septiembre de 2015, Rec. ord. 341/14; de 4 de diciembre de 2015, Rec. ord. 149/15; de 10 de febrero de 2016, Rec. ord. 171/15; de 18 de enero de 2017, Rec. ord. 108/16; y de 19 de octubre de 2017, Rec. ord. 118/17).

la consecuencia de la calificación de nulidad de despido viene predeterminada, en tanto que será siempre la readmisión (salvo imposibilidad material) ⁶⁶⁴.

Desde la perspectiva que a este ensayo interesa, la traducción lógica de esta regla es que cuando el despido colectivo se califica de nulo, debe ejecutarse la sentencia de modo colectivo, sin planteamiento de demanda individual, funcionando por ello el efecto negativo de la cosa juzgada, que cierra las puertas a proceso judicial posterior en el que se debata la calificación del despido colectivo –directa o indirectamente–, lo que imposibilita la entrada de la jurisprudencia aquí examinada, pues no se podrá dar la tesitura de aplicar de oficio la sentencia colectiva que aprecia la nulidad del despido porque no habrá podido admitirse con anterioridad la demanda individual que llegue en casación unificadora a la Sala planteando nuevamente la cuestión ⁶⁶⁵.

Ahora bien, esta regla ejecutiva solo se predica de la sentencia que declara el despido nulo, por lo que resulta obligado preguntarse qué pasa en el resto de casos, es decir, cuando el despido colectivo, impugnado por los representantes de los trabajadores o por la autoridad laboral, es declarado ajustado a derecho o no ajustado a derecho (improcedente). Para estos supuestos no se prevé expresamente una ejecución directa colectiva similar a la expuesta ⁶⁶⁶, con lo que los trabajadores afectados habrán de acudir individualmente a los tribunales para que se pronuncien sobre su concreta extinción contractual. Es cierto que ello puede desembocar en un goteo de procesos individuales ⁶⁶⁷,

⁶⁶⁴ Téngase en cuenta como ha dicho la Sala que «Como se ha reiterado, la ejecución del título así configurado tiene como principal objetivo conseguir acomodar la situación fáctica actual a la existente antes de producirse el hecho extintivo pero, por ministerio de la ley –en este caso del art. 286 LRJS–, cuando esa adaptación se revele materialmente imposible por no resultar realmente factible o porque jurídicamente pudieran derivarse muchos más perjuicios que ventajas, el órgano judicial –una vez constatada la referida imposibilidad material o jurídica– puede acordar la extinción contractual con abono de las correspondientes indemnizaciones con independencia de la causa que hubiera sustentado la nulidad del despido. Solución que en nada afecta a la efectividad de la reparación del derecho fundamental que se vulneró con el despido» (STS SG de 18 de enero de 2017, Rec. ord. 108/16).

⁶⁶⁵ Esto sucede incluso si la sentencia de despido colectivo es desestimatoria de la pretensión empresarial, debiendo, por ende, ventilarse la nulidad o improcedencia del despido en los pleitos individuales, eso sí, con vinculación (cosa juzgada positiva) al pronunciamiento judicial dictado en el pleito instado por el empresario. En este sentido, FERÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Los procesos especiales en la jurisdicción social*, Bomarzo, 2012, p. 81.

⁶⁶⁶ El artículo 247.2 extiende esta forma particular de ejecución «a los restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, de naturaleza social, estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del artículo 160, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo, y en los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada “nula”».

⁶⁶⁷ Véase sobre el particular, TASCÓN LÓPEZ, R., «La ejecución de las sentencias de despido colectivo: vaivenes legales y criterios jurisprudenciales (1)», *Trabajo y Derecho*, núm. 24, 2016, pp. 8-10; SAGARDOY DE SIMÓN, I., «Despido colectivo y procesos individuales», *Nueva Revista*

pero tampoco cabe prescindir del hecho de que mientras la nulidad avoca a la readmisión, la proyección individual de la consideración del despido colectivo como no ajustado a derecho puede finalizar con una declaración de nulidad o de improcedencia según el caso, tras la evaluación de las situaciones individualizadas de cada trabajador afectado⁶⁶⁸. Igualmente, la declaración de ajustado a derecho del despido colectivo no supone imposibilidad de improcedencia o nulidad del individual si no se ajusta a las exigencias legales.

En todo caso, esta reclamación individual se sujetará a las reglas del artículo 124.13.b) LRJS, entre las que se incluye el efecto de cosa juzgada de la sentencia colectiva⁶⁶⁹. De modo que, si se declara la procedencia o improcedencia del despido colectivo, en los procesos individuales solo podrá discutirse aquello a lo que no se haya dado respuesta en la sentencia colectiva⁶⁷⁰, pues para lo solventado en ella funciona la combinación del efecto negativo y positivo. De modo que no resulta posible el replanteamiento de esa concreta cuestión, porque lo ya decidido con carácter colectivo vincula al juez en el proceso individual⁶⁷¹.

Española de Derecho del Trabajo, núm. 165, 2014, pp. 369 ss; SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La ejecución de sentencia en el procedimiento colectivo de despido (art. 124 de la LRJS)», *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2014, pp. 2 ss. Entendiendo que debería extenderse también esta ejecución al resto de pronunciamientos del despido colectivo, GONZÁLEZ CALVET, J., y SERNA CALVO, M., «La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2014.

⁶⁶⁸ En efecto, aunque en principio esta consideración de no ajustado a derecho derivará en la mayoría de los casos en una declaración individual de improcedencia, puede haberse producido una vulneración de las prioridades de preferencia o una violación de un derecho fundamental que finalice con la nulidad del despido individualmente considerado.

⁶⁶⁹ Dispone el precepto que: «el plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o, en su caso, desde la conciliación judicial; y –la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores. STS SG de 18 de enero de 2017, Rec. ord. 108/16.

⁶⁷⁰ Téngase en cuenta, paralelamente, que, según la jurisprudencia, en el proceso individual que se deriva de un despido colectivo cuando haya habido acuerdo en la fase de consultas no puede discutirse la existencia o inexistencia de las causas justificativas invocadas por la empresa en el despido colectivo. En otras palabras, se entiende que existe la causa, sin que pueda ser rebatida por parte del trabajador que actúa a través del artículo 124.13 LRJS. Afirma el TS que de admitir la posibilidad de discutir una y otra vez la misma cuestión en múltiples litigios individuales, cuando la empresa carece de la facultad de ejercitar la acción colectiva para unificar esa situación, se pudiera estar incurriendo en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa que se ve compelida a afrontar una multiplicidad de procesos con la misma causa, y obligada a aportar una y otra vez la misma prueba para acreditar en cada ocasión la concurrencia de unas causas legales para justificar el despido colectivo y ello a pesar de ser aceptadas y asumidas por la representación legal de los trabajadores a la firma del acuerdo (SSTS de 2 de julio de 2018, Rec. 2250/16, y de 29 de noviembre de 2018, Rec. 2887/16).

⁶⁷¹ SSTS de 2 de octubre de 2018, Rec. 3696/17; y de 16 de octubre de 2018, Rec. 2117/17. Efecto negativo que también formula la Ley respecto de la demanda que pudiera plantear de oficio la autoridad

En tal tesitura, cabe entender que este efecto de la cosa juzgada debe ser apreciado por el juzgador, con independencia de la acción de las partes y sea cual sea la fase en la que el pleito se encuentre, incluida la casacional⁶⁷². Es decir, que si media identidad objetiva entre el pleito de despido colectivo y el individual, deberá darse entrada al artículo 160.5 LRJS sin exigencia de contradicción en los términos vistos en los apartados precedentes⁶⁷³.

laboral, que quedará en suspenso en tanto se resuelve la colectiva de los representantes de los trabajadores, y que luego no podrá continuarse si ha quedado solventada en el primer proceso la cuestión litigiosa (art. 124.7 LRJS).

⁶⁷² Lo normal es que los pleitos individuales se paralicen a la espera de la decisión sobre el despido colectivo, apreciando litispendencia. Pero para el caso de que ésta no se decrete, conviene tener presente que la litispendencia es una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que, si durante la tramitación del proceso en el que se hace valer la excepción de litispendencia, se dicta sentencia firme en el proceso anterior dicha excepción se transformaría en la de cosa juzgada, de forma que la Sala que tuviera que conocer del recurso podría analizar si concurre la misma, tanto a efectos negativos como positivos. Y tal apreciación ha de llevarse a cabo de oficio, en su caso, al margen de la contradicción. En efecto, la litispendencia se basa, precisamente, en la tramitación de un proceso anterior y todavía no llegado a término, y su juego ordinario impide que puedan decidirse dos pleitos con el mismo objeto, pues el segundo se paralizarán, en tanto se decida de forma firme el primero, para que éste luego bien impida el seguimiento de segundo proceso (cosa juzgada negativa), bien condicione la decisión (cosa juzgada positiva) [SSTS de 26 de octubre de 2004, Rec. 4286/2003; de 30 de septiembre de 2005, Rec. 1992/04; de 30 de septiembre de 2005, Rec. 1992/04; de 5 de julio de 2006, Rec. 1681/05; de 10 de noviembre de 2015, Rec. ord. 360/14; de 10 de mayo de 2016, Rec. ord. 49/15; de 26 de abril de 2017, Rec. ord. 243/16; de 29 de mayo de 2018, Rec. 2333/16; de 25 de octubre de 2018, Rec. 203/17; y de 22 de febrero de 2019, Rec. 226/17]. Así, la configuración de la litispendencia en el artículo 421 LECv exige para su apreciación la pendencia de otro proceso sobre idéntico objeto, a diferencia de la cosa juzgada, en la que, junto al efecto negativo o excluyente, se puede apreciar un efecto preclusivo o prejudicial, que requiere identidad subjetiva entre de las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos (también, SSTS de 25 de octubre de 2018, Rec. 203/17; y de 29 de enero de 2019, Rec. 33/17).

⁶⁷³ Significativa resulta, en este sentido, por ejemplo, la STS de 28 de noviembre de 2018, Rec. 101/15, en la que, precisamente, lo que se discute es si cabe apreciar efecto material de cosa juzgada de la sentencia colectiva de despido en las reclamaciones individuales de trabajadores de la misma comercial. La Sala finalmente aprecia en cuanto al fondo que debe darse entrada al efecto positivo de cosa juzgada, pero lo hace previo examen de la contradicción, y tras llegar al convencimiento de que la sentencia colectiva constituía antecedente lógico de la pretensión individual. Porque, en realidad, es un supuesto de mera conexidad no de identidad objetiva pura, en tanto que la razón de decidir en el despido colectivo no es la existencia de una cesión ilegal, sino que se advierte que ésta no concurre, pero se califica el despido de nulo por causa diversa, incorporando, por ende, al debate razonamientos sobre una causa diversa de pedir. En concreto, las demandas individuales (ahora en fase de casación unificadora) formulaban la pretensión de los demandantes de que se les reconociese el derecho a encontrarse en situación de trabajadores indefinidos no fijos del Ayuntamiento de Sevilla por cesión ilegal de trabajadores ex artículo 43 ET, habiéndose dictado sentencia previa en proceso de despido colectivo en la que se había declarado la nulidad del mismo por diversos defectos graves en la tramitación del despido, y en la que se había extendido la responsabilidad de sus consecuencias a las dos demandadas por apreciar que entre la empresa Sevilla Global SAM y el Ayuntamiento de Sevilla se había producido una situación de la que se deducía que el empresario real de los trabajadores despedidos por la Sociedad Municipal era el Ayuntamiento de Sevilla, pero en la que se excluía de manera expresa y directa la situación de cesión ilegal de trabajadores desde la primera al segundo.

3.2 La particular extensión de esta jurisprudencia a la sentencia de despido colectivo respecto de demanda de cesión ilegal de trabajadores

Aunque no se haya mantenido expresamente, no parece discutible la aplicación de la jurisprudencia de aplicación de oficio de la cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo en el recurso de casación individual, al contexto del despido colectivo en los términos que se acaban de señalar, especialmente si se tiene en cuenta que la Sala ha admitido tal aplicación en el marco procesal de un despido colectivo con paralelo planteamiento individual, no de impugnación del despido, sino de declaración de cesión ilegal de trabajadores. Esta singular situación es la que se produce en las SSTs de 2 de octubre de 2018, Recs. 3696/17; y de 16 de octubre de 2018, Rec. 2117/17⁶⁷⁴. En ambas se da respuesta a la pretensión formulada en casación unificadora por dos trabajadores en sendos procesos individuales para obtener una sentencia declarativa de la existencia de cesión ilegal entre la Empresa Municipal Aranjuez Desarrollo y Empleo S. A (en adelante, ADESA) y el Ayuntamiento de Aranjuez, también codemandado. La situación fáctica de entrelazamiento de resoluciones es ciertamente compleja, porque el recurso de casación había sido en los dos casos formulado por la parte empresarial, atacando la sentencia de suplicación que declaraba la existencia de cesión ilegal, cuando paralelamente se había declarado el despido colectivo ajustado a derecho, con rechazo expreso de la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Un comentario a estas sentencias puede encontrarse en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Alcance de la doctrina de la exención de contradicción en la casación unificadora por el juego de la cosa juzgada colectiva (despido colectivo/reclamación individual de cesión ilegal). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 907/2018, de 16 de octubre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 435, 2019, pp. 160-169.

⁶⁷⁵ Los trabajadores habían iniciado el proceso individual de declaración de cesión ilegal, en 2015, antes de que, en mayo de 2016, ADESA comunicase a sus empleados la apertura de un periodo de consulta para la extinción objetiva de sus contratos, mediante ERE, lo que finalmente se produjo con efectos de junio de 2016, aconteciendo por último la disolución de la empresa municipal. La comisión negociadora formada *ah hoc* para el periodo de consultas del ERE (al carecer la comercial de representación de los trabajadores por su escasa plantilla), impugnó judicialmente el despido colectivo. En tal impugnación se alegaba como una de las causas la cesión ilegal de trabajadores, describiendo la situación global de todos ellos, dando por sentado que era idéntica, con la pretensión de obtener una calificación jurídica para la totalidad de la plantilla. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo resolvió la impugnación mediante la sentencia de casación de 12 de julio de 2017, Rec. 278/2016, que confirmó la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016, y declaró el despido conforme a derecho (por causas económicas), rechazando expresamente que hubiese habido una cesión ilegal de trabajadores (al tratarse de una encomienda de gestión de servicios públicos), o que se tratase de un grupo de empresas entre la sociedad y el Ayuntamiento, no siendo éste ni el empresario real, ni el dominante —recordando además que en el recurso de casación no cabe hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos distintos de los declarados probados en la sentencia de instancia—. Sucedió, así, que mientras se decidía sobre el despido colec-

En todo caso, por lo que a este comentario interesa, las dos sentencias citadas, previa aclaración de que la cuestión relativa al posible inadecuado rechazo de la litispendencia se reconduce dando entrada a la cosa juzgada en esta fase procesal⁶⁷⁶, apuestan, sin ambages, por aplicar el efecto positivo de cosa juzgada del artículo 160.5 LRJS al caso de autos, sosteniendo que resulta «... de aplicación la doctrina de esta Sala IV en la que hemos venido a sentar el criterio de que en este tipo de situaciones jurídicas, en las que una sentencia firme de conflicto colectivo despliega efectos de cosa juzgada sobre la pretensión que es objeto del litigio individual, debe apreciarse de oficio tales efectos y no es necesario analizar la concurrencia de los requisitos legales que configuran la contradicción...»⁶⁷⁷.

tivo proseguía el conocimiento judicial de las demandas individuales declarativas de cesión ilegal de trabajadores, encontrándose ya en fase de casación unificadora cuando ganó firmeza la sentencia que declaraba el despido colectivo procedente, pronunciándose expresamente sobre la inexistencia de cesión ilegal.

⁶⁷⁶ Se recuerda en este punto la litispendencia es una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada [SSTS de 26 de octubre de 2004, Rec. 4286/2003; de 30 de septiembre de 2005, Rec. 1992/04; de 30 de septiembre de 2005, Rec. 1992/04; de 5 de julio de 2006, Rec. 1681/05; de 10 de noviembre de 2015, Rec. ord. 360/14; de 10 de mayo de 2016, Rec. ord. 49/15; de 26 de abril de 2017, Rec. ord. 243/16; de 29 de mayo de 2018, Rec. 2333/16; de 25 de octubre de 2018, Rec. 203/17; y de 22 de febrero de 2019, Rec. 226/17]. Por lo que si durante la tramitación del proceso en el que hacer valer la excepción de litispendencia, se dicta sentencia firme en el proceso anterior dicha excepción se transformaría en la de cosa juzgada, de forma que la Sala que tuviera que conocer del recurso podría, de oficio, analizar si concurre la misma (STS de 29 de enero de 2019, Rec. 33/17), que es, precisamente, lo que sucede en este caso pues la sentencia de despido colectivo, respecto de la que en su momento la Sala de suplicación rechazó la litispendencia (también la cosa juzgada porque entonces aún no era firme), ganó firmeza antes de la decisión del recurso de casación unificadora.

⁶⁷⁷ Conviene recordar en este punto que aunque pudiera pensarse que debía haber funcionado la falta negativa de la cosa juzgada del artículo 124.13.b)2.^a LRJS, en tanto que habiéndose planteado ya la cuestión de la cesión ilegal en el despido colectivo no podrían los trabajadores individuales suscitar de nuevo esta cuestión por demanda individual, debe recordarse que en el concreto supuesto que nos ocupa la demanda individual no impugnaba el despido, que aún no se había producido cuando se inició aquel pleito, sino que era una acción declarativa de cesión ilegal de trabajadores, lo que explica porque discurren paralelas ambas decisiones judiciales –la declarativa y la colectiva de despido–, y puede explicar también porque no se suspendieron los procesos individuales a la espera de la decisión colectiva, toda vez que, aparentemente eran acciones diversas, y la regla suspensiva (y posterior efecto negativo) solo se formula para la relación procesal despido colectivo/extinción individual (otra cosa sería la apreciación ordinaria de litispendencia). Tampoco cabe prescindir del hecho de que la Sala ha venido rechazando con carácter general la posibilidad de encauzar la pretensión de declaración de cesión ilegal a través de la modalidad de despido colectivo (SSTS de 4 de octubre de 2016, Rec. 232/2015; y de 12 de junio de 2007, Rec. 5234/2004), y ello porque las controversias sobre cesión ilegal exigen normalmente el establecimiento o la valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas en que en cada caso se realiza la prestación de trabajo y el ejercicio de los poderes empresariales, impropio de una decisión de alcance general (SSTS de 20 de julio de 2007, Rec. 76/2006; y de 7 de diciembre de 2005, Rec. 73/2004). Esta doctrina puede reforzar la explicación de porqué no se apreció litispendencia y se suspendieron los pleitos individuales a la esperar a lo decidido en el despido colectivo, aunque en este particularísimo caso hubiera resultado lo más acertado, pues la situación era exactamente igual para todos los trabajadores de la empresa afectados, dándose además la circunstancia de que el argumento de cesión ilegal que se hizo en la demanda colectiva del despido buscaba, como ya dijimos, una declaración genérica para todos los tra-

Aunque en estas sentencias no se formula una continuación lógica y natural de la interpretación jurisprudencial del artículo 160.5 para el contexto del despido colectivo con impugnación individual, parece innegable que la intención de la Sala es darle entrada también en este entorno. No en vano, en ellas se va mucho más allá, extendiendo el artículo 160.5 a la relación procesal impugnación colectiva del despido/acción individual declarativa de cesión ilegal, cuando en puridad la norma solo remite a él, como acabamos de decir, en el proceso de despido para la acción de jactancia.

4. A MODO DE BALANCE FINAL. APLICACIÓN DE OFICIO DE LA COSA JUZGADA COLECTIVA SOLO TRAS SUPERAR LA FASE DE ADMISIÓN DEL RECURSO

Hemos podido comprobar a lo largo de estas líneas que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo predica, en principio, la entrada de la cosa juzgada colectiva en la fase casacional con la máxima rotundidad, hasta el punto de entender que debe apreciarse incluso de oficio, lo que implica una actitud activa de la Sala, que se traduce no solo en la obligación de entrar en el fondo del recurso (quedando vinculado por la decisión colectiva) aunque la parte no haya sido capaz de acreditar debidamente la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la colectiva, sino también cuando el recurrente ha optado por seleccionar de referencia otra resolución, de la que el Tribunal prescindirá para aplicar la sentencia colectiva, expulsando del ordenamiento la sentencia individual que materialmente entra en contradicción con la colectiva.

No obstante, se ha podido constatar que, en realidad, esta tesis jurisprudencial tiene un radio de acción bastante limitado, por lo pronto restringido a los contextos en los que es posible ejercitar la acción individual y únicamente para los casos de palmaria identidad objetiva. Pero también, como se verá, por el juego de otras exigencias del recurso de casación unificadora. En efecto, la correcta lectura de esta jurisprudencia no puede pasar, ni mucho menos, por entender que resulta absolutamente irrelevante la actitud del recurrente. La cosa juzgada positiva de la sentencia colectiva solo está en condiciones de desplazar los requisitos formales de la contradicción del entorno del artículo 219 LRJS, esto es: acreditación de contradicción con una sentencia idónea. Es cierto que la propia Sala ha sostenido que la norma rituaría no solo impone que la senten-

bajadores, sin la menor distinción de sus contextos individuales, lo que parecía razonable al tratarse de una empresa con solo seis trabajadores, en la que las relaciones de subcontratación con la tercera empresa resultaban ser totalmente coincidentes para todos ellos.

cia de conflicto colectivo vincule al juez –en este caso al propio Tribunal Supremo que es el que está resolviendo el recurso de casación– en su decisión del pleito individual, sino que esta vinculación sea absolutamente ajena al juego de la contradicción propio del recurso de casación unificadora⁶⁷⁸, entrándose incluso en el fondo del recurso cuando la alegada de contraste no es idónea porque le falta de firmeza⁶⁷⁹, pero esto no significa que la cosa juzgada sane la negligencia de quien acude en casación unificadora al Tribunal Supremo.

Aunque no resulta sencillo fijar reglas absolutas a este respecto, de la evaluación de las sentencias y autos de inadmisión de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo parece deducirse que la cosa juzgada positiva de la sentencia colectiva, aún en caso de identidad objetiva (ya hemos dicho que en los casos de conexidad funcionan las reglas generales del recurso)⁶⁸⁰, no puede apreciarse cuando el recurrente ha infringido alguno de los restantes requisitos formales del recurso de casación para unificación de doctrina, tales como la relación precisa y circunstanciada de la contradicción⁶⁸¹, o la adecuada señalización de la infracción normativa alegada⁶⁸², ambos contenidos necesarios del escrito de interposición del recurso según dispone el artículo 224.1 LRJS.

⁶⁷⁸ Según ha advertido la propia jurisprudencia aunque en un primer momento se sostuvo que la apreciación de oficio de la cosa juzgada no era posible en el recurso de casación unificadora, sino que debía invocarse expresamente en el mismo, concurriendo los presupuestos de contradicción y siempre que no se tratase de una cuestión nueva traída al recurso (por todas, STS de 16 de junio de 2098, Rec. 5062/97), pronto la propia Sala matizó aquella doctrina y mantuvo que tal apreciación podía llevar a efecto de oficio si el Ministerio Fiscal la alegaba en su informe y/o su existencia no había podido ser planteada en suplicación por razones cronológicas (así se decía en SSTS de 23 de julio de 1999, Rec. 4817/98, y de 26 de diciembre de 2000, Rec. 1412/00), por no ser aceptable una rígida interpretación del concepto de «cuestión nueva» que conduciría al mantenimiento de dos resoluciones judiciales contrapuestas, que resultarían incomprensibles para los destinatarios de la Justicia e incompatibles con los más elementales principios de la lógica, con claro quebranto de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad. Habiéndose admitido, incluso antes de la LRJS, también la apreciación de oficio cuando se trataba del efecto positivo y de supuesto previamente resuelto por la propia Sala Cuarta (por todas, SSTS de 29 de marzo de 1999, Rec. 1286/98; de 13 de octubre de 2000, Rec. 79/00; de 6 de marzo de 2002, Rec. 1367/01; de 5 de mayo de 2009, Rec. 2019/08; y de 4 de marzo de 2010, Rec. ord. 134/07).

⁶⁷⁹ STS de 16 de octubre de 2018, Rec. 2117/17.

⁶⁸⁰ Con la salvedad de la STS de 13 de febrero de 2020, Rec. 2758/2017, que sin mayor concreción o desarrollo argumentativo se limita a mantener que los requisitos del recurso (contradicción) se desplazan en caso de conexidad, aplicando por ello la doctrina contenida en la sentencia de conflicto colectivo sobre el pleito individual (sobre planes de recolocación de empresas del grupo Coca-Cola).

⁶⁸¹ Ello se desprende de algunos autos de la Sala, en los que discutiéndose la aplicación del efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia colectiva, directamente se inadmite el recurso por falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción, sin entrar a debatir si lo discutido en el proceso colectivo tenía o no identidad objetiva con lo suscitado en el individual (AATS de 12 de junio de 2018, Rec. 3575/17; y de 13 de diciembre de 2018, Rec. 898/18, ambos respecto de Eusko Irratia Radiodifusión Vasca SA, por despido de trabajador indefinido no fijo por cobertura de vacante, con impugnación de las bases de la convocatoria de las pruebas selectivas y de los Tribunales evaluadores). También puede verse en este sentido el ATS de 12 de septiembre de 2019, Rec. 4577/18 (convenio aplicable a la prestación de servicios en la empresa Ralons Servicios, SL).

⁶⁸² Así parece deducirse del ATS de 26 de febrero de 2019, Rec. 2346/18, precisamente para resolver el motivo relativo a la aplicación del artículo 160.5 LRJS.

En suma, la fuerza de la sentencia colectiva no es absoluta, y aunque la Sala esté dispuesta a prescindir de la contradicción para apreciarla en los casos de identidad objetiva, no parece estar por la labor de autorizar un desplazamiento del resto de requisitos formales de este extraordinario y excepcional recurso. Por tanto, la apreciación de oficio de las cuestiones que afectan al asunto sometido a casación requiere previamente de la correcta formulación del recurso⁶⁸³, pues si éste ha de ser inadmitido por motivos formales (defectos en preparación o en interposición, tales como interposición ante un órgano diferente, falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción, ausencia de apropiada fundamentación jurídica de la infracción, falta de legitimación para recurrir, falta de correspondencia entre el escrito de preparación y el de interposición, etc.), ya no habrá oportunidad de apreciar de oficio nada.

De este modo, se puede concluir que, aunque en el recurso de casación unificadora finalmente la cosa juzgada positiva de lo colectivo se aprecie de oficio en la sentencia, es necesario que la parte supere antes la estricta fase de admisión del recurso, con todo lo que ello implica, incluida la alegación de una sentencia de contraste, aunque luego ésta no se emplee para trabar la contradicción por el juego del artículo 160.5 LRJS. No en vano, así se ha mantenido a propósito de otras cuestiones procesales, apreciadas en fase de sentencia de oficio, algunas de tanto calado como la competencia funcional de nuestros tribunales⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Por ejemplo, en cuanto a la competencia funcional, se ha venido diciendo que la cuestión del acceso a suplicación —o en su caso casación— de las sentencias por razón de la cuantía o modalidad procedimental, «puede ser examinada de oficio por esta Sala, aunque no concurra la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional», sin que la Sala quede vinculada por la decisión que se haya adoptado en suplicación, precisando que solo «con cierta independencia de lo que las partes hayan podido alegar» (solo por citar algunas de las más recientes, SSTS de 24 de octubre de 2017, Rec. 2968/16; de 25 de octubre de 2017, Rec. 1808/16; de 2 de noviembre de 2017, Rec. 66/16; de 24 de enero de 2018, Rec. 1552/17; de 30 de enero de 2018, Rec. 1492/16; de 15 de febrero de 2018, Rec. 1324/16; de 9 de marzo de 2018, Rec. 1042/16; 13 de marzo de 2018, Rec. 3866/16; de 13 de marzo de 2018, Rec. 738/17; de 13 de marzo de 2018, Rec. 739/17; de 13 de marzo de 2018, Rec. 1090/17; de 22 de febrero de 2018, Rec. 1169/15; de 18 de octubre de 2018, Rec. 3899/16; de 28 de noviembre de 2018, Rec. 2155/16; de 18 de diciembre de 2018, Rec. 4261/17; de 20 de diciembre de 2018, Rec. 3937/16; de 9 de enero de 2019, Rec. 4029/16; de 15 de enero de 2019, Rec. 3279/16; y de 23 de enero de 2019, Rec. 186/17).

⁶⁸⁴ Así tiene dicho el Tribunal Supremo que «... es criterio consolidado, establecido con arreglo al Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de 22 de junio de 2011, que en los casos en que se cuestione la competencia funcional es necesario que la parte recurrente cite y aporte la sentencia de contraste, aunque no sea precisa la contradicción, concurriendo en caso contrario causa de inadmisión, así AATS de 9 de septiembre de 2010 (R. 4249/2009), de 27 de septiembre de 2011 (R. 2638/2010) y de 3 de julio de 2012 (R. 2544/2011)» (STS de 20 de diciembre de 2016, Rec. 3194/14; y de 4 de mayo de 2017, Rec. 1201/15). Ciertamente, «... esta Sala ha flexibilizado la exigencia del requisito de la contradicción cuando la cuestión a dilucidar en el recurso de casación para la unificación de doctrina afecta a la competencia funcional del Tribunal de segundo grado para conocer del recurso de suplicación por razón de la materia o de la cuantía, si bien es necesario en todo caso que la parte recurrente cite y aporte sentencia de contraste, con-

■ EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN EL ORDEN...

Así las cosas, puede afirmarse que el artículo 160.5 LRJS en la fase casacional tiene, *de facto*, una virtualidad práctica mucho más limitada de lo que pudiera pensarse en un principio. En todo caso, conviene seguir pendientes de la jurisprudencia de la Sala sobre el particular, porque aún quedan algunas cuestiones por resolver.

curriendo en caso contrario causa de inadmisión» (STSS de 20 de diciembre de 2016, Rec. 3194/14, de 4 de mayo de 2017, Rec. 1201/15; de 4 de octubre de 2017, Rec. 3273/15; y de 14 de febrero de 2018, Rec. 784/16).

CAPÍTULO XI

EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR MOTIVOS PROCESALES

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Infracción jurídica y contradicción de sentencias en el recurso de casación para unificación de doctrina.*—2. *La contradicción de sentencias en el recurso de casación para unificación de doctrina por motivos procesales.*—3. *La infracción jurídica en el recurso de casación para unificación de doctrina por motivos procesales.*

1. INFRACCIÓN JURÍDICA Y CONTRADICCIÓN DE SENTENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La caracterización legal del Proceso Social como de única instancia y doble grado (base 31.ª1 Ley 7/1989, de 12 de abril, de bases de procedimiento laboral) y el consecuente agotamiento funcional de los procesos iniciados ante los Juzgados de lo Social, la gran mayoría de los procesos sociales, en el recurso de suplicación ante alguna de las 21 Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, constituidos a partir de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial, con-

llevó, asimismo, un riesgo de contradicción judicial al que se dio respuesta en la citada Ley de Bases y en su texto articulado (Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, LPL 1990) mediante el recurso de casación para la unificación de la doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo⁶⁸⁵.

El amplio ámbito potencial de procesos en los que cabe este recurso, todos los que, a su vez, son susceptibles de recurso de suplicación (art. 115 LPL 1990, en relación con el 188)⁶⁸⁶, en comparación con el más limitado de la casación ordinaria, segundo grado jurisdiccional frente a resoluciones dictadas en instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, básicamente en procesos colectivos (arts. 202 y 203 LPL 1990, en relación con el 7 y el 8)⁶⁸⁷, convirtió esta vía en el instrumento más común de creación de jurisprudencia social.

Pero también trajo consigo, de un lado, un pretendido uso extensivo de parte, no previsto por el legislador ante un recurso caracterizado legalmente como extraordinario y excepcional⁶⁸⁸, y de otro, una contrapuesta interpretación jurisdiccional restrictiva de los requisitos de acceso o admisión, y, en particular, de la contradicción entre sentencias que constituye su presupuesto, dando como resultado un muy mayoritario número de recursos inadmitidos, y posiblemente también cierta laguna de jurisprudencia unificada en determinadas materias⁶⁸⁹. En particular, en relación con las cuestiones casuísticas, por

⁶⁸⁵ Exhaustivamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica», *La Ley-Actualidad*, Madrid, pp. 35 ss., MOLERO MARAÑÓN, M. L., *El recurso de casación para la unificación de doctrina en la Jurisdicción social*, Lex nova, Valladolid, 1997, pp. 21 ss., y JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 15 ss.

⁶⁸⁶ Y sus equivalentes, artículos 216, en relación con el 189, del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL 1995), y 218, en relación con el 191, de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS).

⁶⁸⁷ Y sus equivalentes, artículos 203 y 204, en relación con el 7 y el 8, de la LPL 1995, y 205 y 206, en relación también con el 7 y el 8, de la vigente LJS.

⁶⁸⁸ SSTC 256/1994, de 26 de septiembre, y 39/1998, de 17 de febrero, y SSTs de 13 de noviembre de 1992 (RRCUD 3206/1992 y 3320/1992), de 19 de febrero de 1993 (RCUD 3131/1992), de 17 de enero de 1994 (RCUD 1571/1992), de 13 de febrero de 195 (RCUD 179/1994), y de 27 de diciembre de 1999 (RCUD 783/1999). También MOLINER TAMBORERO, G., *Recurso laboral para la unificación de doctrina*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003, pp. 14 y 15; SEMPERE NAVARRO, A. V., «El recurso de casación para la unificación de doctrina», *Cuadernos de Aranzadi Social*, Pamplona, 1999, pp. 37 ss., MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social*, Vol. V, 1998 (versión digital: BIB 1998\923), y JIMÉNEZ FORTEA, F. J., «La naturaleza de la casación para la unificación de doctrina laboral», *Actualidad Laboral*, núm. 45, 1998, pp. 853 ss.

⁶⁸⁹ Véase MARTÍN VALVERDE, A., *Jurisprudencia y casación para unificación de doctrina*. Discurso pronunciado en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Oviedo, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2009, pp. 30 ss.; DESDENTADO BONETE, A., «La nueva casación para la unificación de doctrina en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y*

venir intensamente condicionadas en su resolución judicial por circunstancias o elementos fácticos e indiciarios potencial y frecuentemente heterogéneos, variables, plurales e individualizados, y, por tanto, difícilmente asimilables a efectos de contradicción; paradigmáticamente la valoración de los despidos o de las invalideces o incapacidades permanentes⁶⁹⁰.

Respecto del precedente recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, previsto en la anterior Ley de Procedimiento Laboral de 1980 (Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, LPL 1980), y más limitado en relación con su ámbito material y funcional⁶⁹¹, a semejanza de la casación civil (art. 1687 LEC 1881)⁶⁹², y también respecto del recurso de casación social ordinario, igualmente alumbrado con la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 ante la nueva planta y demarcación judicial posconstitucional y autonómica (art. 204 LPL 1990)⁶⁹³, el nuevo recurso de casación para la unificación de la doctrina no solo debía motivarse en una infracción del ordenamiento jurídico (art. 221 LPL 1990)⁶⁹⁴, sino también en la contradicción de sentencias de suplicación de Tribunales Superiores de Justicia, objeto de recurso, con otras sentencias de dichos Tribunales o del Tribunal Supremo, inicialmente.

A diferencia de la infracción jurídica propia de cualquier recurso⁶⁹⁵, que en el caso de la jurisprudencia podría verse cumplida con la simple, genérica y abstracta divergencia doctrinal en la interpretación de una misma norma, entre la sentencia de suplicación del Tribunal Superior de Justicia, objeto del recurso, y dos o más sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (art. 1.6 Código Civil), la específica contradicción exigida para la admisión del recurso

Seguridad Social, núm. 103, 2013, p. 375, y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La problemática del recurso de casación para la unificación de la doctrina», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2005, pp. 12 ss.

⁶⁹⁰ Aparte de numerosos autos, por todas, las Sentencias del TS de 15 de enero de 1997 (RCUD 3533/1995), de 27 de marzo de 2000 (RCUD 2063/1999), de 13 de noviembre de 2000 (RCUD 4391/1999), de 25 de marzo de 2002 (RCUD 1292/2001) y de 9 de julio de 2004 (RCUD 3496/2002), en relación con el despido, y de 22 de marzo de 2002 (RCUD 2654/2001), de 7 de octubre de 2003 (RCUD 2938/2002) y de 11 de febrero de 2004 (RCUD 4390/2002), en relación con la invalidez o la incapacidad permanente.

⁶⁹¹ El recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal procedía en relación con las sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo en materia de «invalidez absoluta y gran invalidez y por incapacidad laboral transitoria acumulada a aquéllas, siempre que la cuantía de tales reclamaciones exceda de quinientas mil pesetas»; de despido o extinción del contrato por causas objetivas de representantes unitarios de los trabajadores, o, cualquiera fuera la materia, en reclamaciones superiores a un millón de pesetas, así como contra las resoluciones de dichas Magistraturas que decidieran «cuestiones de competencia por razón de la materia o por razón del lugar, siempre que sobre el fondo del asunto corresponda el recurso de casación» (art. 166 LPL 1980).

⁶⁹² Ley de Enjuiciamiento Civil (Real Decreto de 3 de febrero de 1881).

⁶⁹³ Y sus equivalentes, artículos 205 LPL 1995 y 207 LJS.

⁶⁹⁴ Y sus equivalentes, artículos 222 LPL 1995 y 224.1.b) LJS.

⁶⁹⁵ Artículos 187.1, 188.2, 193, 207 y 224 LJS, en relación con los recursos de reposición, revisión, suplicación, casación ordinaria y casación para la unificación de la doctrina, respectivamente.

de casación para la unificación de la doctrina debe darse entre sentencias comparables, lo que significa que, ante sustancialmente iguales hechos, pretensiones y fundamentos, lleguen a pronunciamientos diferentes (arts. 216 LPL 1990, 217 LPL 1995 y 219.1 LJS).

A la exigencia de una infracción jurídica, sustantiva o procesal, normativa o jurisprudencial, como condición para la estimación de un recurso, en el de casación para la unificación de la doctrina se añade el requisito de la contradicción jurisdiccional como condición para su admisión. Esta contradicción jurisdiccional puede verificarse, con carácter general, con sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia⁶⁹⁶, o con sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Y desde la Ley de Jurisdicción Social de 2011, también con «sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España» (en este momento solo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el más limitado ámbito de la tutela de los derechos fundamentales o de la interpretación del derecho comunitario, respectivamente (art. 219.2 LJS).

La contradicción potencialmente más frecuente, y la que constituye el propio presupuesto de la creación legal del recurso de casación para la unificación de la doctrina, será la que se produzca entre sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. Tanto por su mayor volumen cuantitativo⁶⁹⁷, como por su mayor amplitud temática, toda vez que, aunque no todas las materias y procesos resueltos por los Juzgados de lo Social son susceptibles de recurso de suplicación por motivos de fondo (art. 191 LJS), y, por el contrario, todas las materias y procesos resueltos en suplicación son susceptibles de recurso de casación para la unificación de la doctrina, la difícil concurrencia de identidad y contradicción a efectos de acceso a este extraordinario y excepcional recurso de las cuestiones casuísticas, y el elevado número de estas en la práctica (entre ellas, paradigmáticamente, como se dijo, la valoración de los despidos o las

⁶⁹⁶ También con las dictadas en instancia en procesos de conflicto colectivo, en relación con los procesos individuales en los que tengan efecto de cosa juzgada (SSTS de 16 de junio de 2015, RCU 608/2014 y RCU 609/2015, de 17 de junio de 2015, RCU 601/2014, y de 18 de julio de 2017, RCU 1577/2015).

⁶⁹⁷ En el año 2018, los Juzgados de lo Social de España dictaron 153.623 sentencias, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, 48.721, la de la Audiencia Nacional, 202, y la del Tribunal Supremo, 1.105. En el mismo año, los Juzgados de lo Social elevaron 47.886 recursos de suplicación y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, 5.114 recursos de casación (Consejo General del Poder Judicial, *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018*, Madrid, 2019).

invalideces, asuntos, a su vez, cuantitativamente prevalentes en la jurisdicción social⁶⁹⁸), conlleva, en la práctica, una mayoritaria inadmisión de los recursos de casación para la unificación de la doctrina y, en consecuencia, una menor disponibilidad de sentencias del Tribunal Supremo susceptibles de servir como resoluciones de contraste en numerosas materias.

Pero tal contradicción, aun oponiéndose en sí misma al ordenamiento y a los principios y derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela judicial efectiva (arts. 14 y 24 CE), y a la seguridad jurídica y a la unidad jurisdiccional (art. 9.3 y 117.5 CE)⁶⁹⁹, al no resultar admisible la concurrencia simultánea de más de una opción interpretativa de una misma norma en dos o más casos sustancialmente iguales y comparables, no implica por sí sola una infracción jurídica en la sentencia recurrida a efectos casacionales, sino, en principio, tan solo una discrepancia interpretativa entre Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia o en una misma Sala con composición diferente o cambio de criterio, que se transfigura en tal infracción en sentido propio cuando el Tribunal Supremo estima el recurso rechazando el pronunciamiento o interpretación cuestionados y casando la sentencia recurrida. Se separan, por tanto, con nitidez, la contradicción a efectos de admisión del recurso, como divergencia entre sentencias comparables, apreciable *ex ante*, con la infracción jurídica a efectos de estimación del recurso, como vulneración del ordenamiento o interpretación discrepante a la adoptada por el Tribunal Supremo, apreciable *ex post*.

Sin embargo, esta dualidad de planos, entre la contradicción y la infracción jurídica, se difumina o incluso desaparece cuando la sentencia de contraste es de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo o de los otros Tribunales mayores admitidos al efecto⁷⁰⁰, aun en su limitado ámbito competencial material: Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobrentendido) y Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Respecto de aquel, por cuanto que la infracción de su jurisprudencia o doctrina reiterada constitu-

⁶⁹⁸ Despidos, cantidades y Seguridad Social son, con mucho, las materias más litigiosas ante la Jurisdicción Social, con 107.294, 124.206 y 76.105 reclamaciones ingresadas en el año 2018, respectivamente (Consejo General del Poder Judicial, *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018*, Madrid, 2019). Y aunque no todos los referidos asuntos sobre despidos o Seguridad Social versarán sobre valoraciones casuísticas, sí lo serán un número muy significativo de ellos.

⁶⁹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Unificación e doctrinas discrepantes en materia procesal», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1992, p. 1; MERCADER UGUINA, J. R., «Las travesías por la incertidumbre del recurso de casación para la unificación de doctrina», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2005, p. 35; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica», *La Ley-Actualidad*, Madrid, pp. 257 ss., y JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 73 ss.

⁷⁰⁰ La expresión «tribunales mayores», para referirse a ellos, se utiliza en la STS de 5 de julio de 2018 (RCUD 2274/2016).

ye igualmente un motivo de infracción jurídica susceptible de alegación en el recurso (art. 224 en relación con el 207 LJS)⁷⁰¹. Respecto de estos, por cuanto que sus pronunciamientos vinculan a todos los órganos jurisdiccionales españoles (arts. 4 bis, 5, 5 bis y 7 LOPJ⁷⁰²), también como garantes de los derechos fundamentales y del ordenamiento comunitario. Al menos, salvo que se produzca un cambio de doctrina en ellos.

Incluso la propia flexibilización legal de la contradicción en los recursos de casación para la unificación de la doctrina sobre derechos fundamentales, en los que se invoquen como sentencias de contraste las del Tribunal Constitucional o las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobrentendido), contribuye a difuminar la diferencia entre contradicción e infracción legal, pues aquella se concentrará en «la pretensión de tutela de tales derechos y libertades», y la sentencia que resuelva el recurso «se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado» (art. 219.2). Más en términos de contradicción doctrinal genérica, cabalmente equiparable a la infracción de la jurisprudencia aplicable, que de estricta contradicción entre sentencias que resuelvan procesos sustancialmente iguales en litigantes hechos, fundamentos y pretensiones⁷⁰³. Al igual que los recursos que versen sobre la interpretación del Derecho comunitario, con sentencias de contraste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de los que regirán «iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad» (art. 219, párrafo segundo, LJS).

En este sentido se pronuncia el Acuerdo no jurisdiccional de 11 de febrero de 2015, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al precisar que «En los supuestos del artículo 219.2 LRJS, con doctrina de contradicción del TC y órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, TEDH y TJUE, en los casos de infracciones de garantías procesales fundamentales o derechos fundamentales sustantivos, la igualdad sustancial de las situaciones respectivas debe estar referida a la pretensión de tutela del derecho o libertad en el aspecto concreto de que se trate». Añadiendo que «Con iguales requisitos se examinará la contradicción respecto de la doctrina establecida en las senten-

⁷⁰¹ En este sentido, MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Del recurso de casación para la unificación de la doctrina», en VV. AA. (dir. Monereo Pérez, J. L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013, p. 1219.

⁷⁰² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁷⁰³ En sentido crítico, DESDENTADO BONETE, A., «Los recursos de casación en la LRJS y en el RD-Ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2012 (versión digital: BIB 2012\3089), pp. 12 y 13.

cias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho Comunitario».

Por lo demás, posiblemente esta diferencia en la relación entre la contradicción y la infracción, según se trate de sentencias de contraste de los Tribunales Superiores de Justicia o de los restantes órganos jurisdiccionales admitidos, pueda desprenderse de la propia literalidad legal, pues al tratar sobre la fundamentación de la infracción legal que debe contenerse en el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de la doctrina, se menciona de forma diferenciada «y, en su caso», el «quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia» [art. 224.1.b) LJS], exigiéndose adicionalmente, «en el caso de que se invoque la unificación de la interpretación del derecho», una «referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada» (art. 224.2 LJS). Quizá sobrentendiendo que la unificación de la doctrina solo es precisa, propiamente, en supuestos de discrepancia entre sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, mientras que en los restantes casos de contradicción con sentencias de los demás altos Tribunales prevalece la finalidad casacional del recurso, la función nomofiláctica o depuradora del ordenamiento jurídico.

2. LA CONTRADICCIÓN DE SENTENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR MOTIVOS PROCESALES

La rigurosa exigencia de una igualdad de hechos, pretensiones y fundamentos (arts. 216 LPL 1990, 217 LPL 1995 y 219 LJS), para apreciar una efectiva (e injustificada o antijurídica) divergencia de pronunciamientos, resultó especialmente limitadora y casi excluyente del recurso de casación para la unificación de la doctrina, desde su puesta en marcha, en relación con las cuestiones casuísticas, como se dijo, y también con las procesales⁷⁰⁴. En este

⁷⁰⁴ Los criterios establecidos por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para delimitar los motivos de infracción procesal en el recurso de casación para la unificación de la doctrina pueden consultarse resumidos, por todas, en las SSTS de 29 de enero de 2003 (RCUD 3498/2001), de 6 de junio de 2006 (RCUD 1234/2005), y de 15 de noviembre de 2006 (RCUD 277/2005), y más actualizados, también por todas, en las SSTS de 29 de noviembre de 2017 (RCUD 1957/2016), de 14 de febrero de 2018 (RCUD 784/2016), de 15 de marzo de 2018 (RCUD 650/2016), de 22 de marzo de 2018 (RCUD 3491/2015), de 25 de abril de 2018 (RCUD 1971/2016), de 26 de abril de 2018 (RCUD 1508/2016), y de 29 de noviembre de 2018 (RCUD 134/2017).

caso, fundamentalmente por exigirse una doble identidad, a efectos de comparabilidad y contradicción, entre los litigios y sentencias comparadas: en su dimensión procesal y también en la sustantiva, aunque no siempre de forma pacífica⁷⁰⁵.

En su defensa se argumentó la literalidad de la norma, referida a sentencias que, «en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», hubieran llegado a pronunciamientos divergentes (art. 216 LPL 1990), así como la indistinción legal del recurso en función del carácter sustantivo o procesal de la infracción jurídica alegada, y la confusión con el recurso de casación ordinaria a la que llevaría la admisión de una contradicción más genérica o abstracta de doctrinas exclusivamente procesales o, simplemente, de irregularidades formales homogéneas. Sin que, por lo demás, procediera alterar esta regla y, en consecuencia, ampliarse indebidamente el objeto y finalidad del recurso, mediante la vinculación de la motivación e infracción procesales al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que, también en relación con estos derechos del máximo rango, el alcance del recurso de casación para la unificación de la doctrina se encontraba limitado por la contradicción jurisdiccional que le sirve de presupuesto⁷⁰⁶.

Por su parte y en contra de esa doble exigencia de identidad, inicialmente se argumentó la lógica delimitación de la contradicción respecto de la cuestión e infracción suscitadas, así como la práctica imposibilidad de concurrencia de la doble identidad y, por ende, el vaciamiento del recurso de casación para la unificación de la doctrina por infracción procesal, y de la misma fuente de creación jurisprudencial en el campo procesal⁷⁰⁷.

Sin embargo, de un modo quizá vergonzante o no suficientemente convencido, incluso ya unificada la doctrina y sentada la jurisprudencia sobre la exigencia de la doble identidad, su aplicación casuística se centraba en no pocos supuestos, al menos o en especial inicialmente, en la procesal, dándole primacía e incluso exclusividad en orden a la inadmisión de los correspondien-

⁷⁰⁵ SSTS de 4 de diciembre de 1991 (RCUD 233/1991), de 21 de noviembre de 2000 (RCUD 2856/1999) y de 27 de enero de 2009 (RRCUD 1432/2007 y 1447/2007).

⁷⁰⁶ SSTS de 16 de julio de 1992 (RCUD 50/1991), y de 16 de noviembre de 1992 (RCUD 2795/1991).

⁷⁰⁷ SSTS de 4 de diciembre de 1991 (RCUD 233/1991), con voto particular, de 8 de mayo de 1992 (RCUD 221/1991), de 31 de julio de 1992 (RCUD 945/1992), de 24 de noviembre de 1992 (RCUD 1710/1991), y de 30 de noviembre de 1992 (RCUD 1791/1992).

tes recursos, con silenciosa omisión o confusa dilución de la comparación sustantiva⁷⁰⁸, o, a lo sumo, ciñéndola a la acción o pretensión ejercitadas⁷⁰⁹.

Aunque posteriormente y con la consolidación de esa exigente doctrina, la comparación y las identidades requeridas alcanzaron al debate sustantivo, con la adicional justificación de que, en cualquier caso, con frecuencia afectaba real o potencialmente al pronunciamiento procesal pretendidamente divergente⁷¹⁰. Sin perjuicio de la ocasional pervivencia de pronunciamientos más flexibilizadores⁷¹¹.

Ello supuso la masiva inadmisión de los recursos fundados en infracciones procesales y, en consecuencia, también su progresiva menor interposición. Igualmente reforzada, aquella, por el constatable e indebido uso de motivos procesales para intentar salvar la dificultad del acceso a la casación para la unificación de la doctrina de cuestiones sustantivas de carácter casuístico e individualizado, como la ya referida valoración de los despidos o las invalideces o incapacidades permanentes⁷¹², o la exclusión del mismo de la revisión de la declaración o la valoración de los hechos probados⁷¹³, con la frecuente omisión o incumplimiento, además, en su caso, de la exigencia legal de la relación precisa y circunstanciada de la contradicción [arts. 221 LPL 1990, 222 LPL 1995 y 224.1.a) LJS]⁷¹⁴, cabalmente inviable cuando no concurren las identidades doblemente requeridas.

La consolidación de la exigencia jurisprudencial de la doble identidad, procesal y sustantiva, provocó el práctico vaciamiento del recurso de casación para la unificación de la doctrina por motivos de infracción procesal, y quizá también, por ello, su cierta reconsideración o replanteamiento en la propia Sala

⁷⁰⁸ SSTS de 23 de marzo de 1992 (RCUD 950/1991), de 16 de julio de 1992 (RCUD 50/1991), de 16 de noviembre de 1992 (RCUD 2795/1991), de 5 de abril de 1993 (RCUD 1710/1992), de 24 de abril de 1995 (RCUD 3156/1994), y de 30 de enero de 1996 (RCUD 2002/1995).

⁷⁰⁹ SSTS de 1 de febrero de 1993 (RCUD 604/1992) y de 9 de marzo de 1993 (RCUD 739/1992), y ATS de 12 de noviembre de 1997 (RCUD 1383/1997).

⁷¹⁰ SSTS de 27 de enero de 1993 (RCUD 703/1992), de 2 de octubre de 1995 (RCUD 584/1995), de 26 de febrero de 1998 (RCUD 3938/1997), de 23 de mayo de 1998 (RCUD 1891/1997), de 21 de noviembre de 2000 (RCUD 2856/1999), de 28 de febrero de 2001 (RCUD 1902/2000), de 9 de abril de 2001 (RCUD 2695/2000), de 29 de junio de 2001 (RCUD 1886/2000), de 29 de enero de 2003 (RCUD 3498/2001) y de 24 de enero de 2006 (RCUD 640/2005).

⁷¹¹ STS de 26 de mayo de 1999 (RCUD 3641/1998).

⁷¹² SSTS de 8 de mayo de 1992 (RCUD 221/1991), de 16 de julio de 1992 (RCUD 50/1991), de 24 de noviembre de 1992 (RCUD 1710/1991), de 30 de noviembre de 1992 (RCUD 1791/1992), de 9 de marzo de 1993 (RCUD 739/1992), y de 24 de mayo de 1995 (RCUD 2339/1993).

⁷¹³ SSTS de 16 de julio de 1992 (RCUD 50/1991), de 9 de febrero de 1993 (RCUD 1496/1992), de 9 de marzo de 1993 (RCUD 739/1992), y de 21 de enero de 1994 (RCUD 2050/1992).

⁷¹⁴ SSTS de 31 de octubre de 1992 (RCUD 945/1992), de 24 de noviembre de 1992 (RCUD 1710/1991), y de 27 de enero de 1993 (RCUD 703/1992), de 28 de junio de 1993 (RCUD 860/1992), de 21 de enero de 1994 (RCUD 2050/1992), de 2 de junio de 1994 (RCUD 3541/1993), y de 24 de mayo de 1995 (RCUD 2339/1993).

Cuarta del Tribunal Supremo, constatable, aun tímidamente, con el cambio de siglo⁷¹⁵. Particularmente cuando los debates sustantivo y procesal eran autónomos y susceptibles de aislamiento y separación, por no estar interrelacionados, y cuando se suscitaban cuestiones procesales de orden público, paradigmáticamente las vinculadas a la competencia funcional o a la falta manifiesta de jurisdicción, susceptibles de planteamiento de oficio, cómo no, en el inescindible marco del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁷¹⁶.

Sin embargo no es hasta 2015 cuando se reconfigura finalmente el recurso de casación para la unificación de la doctrina, mediante el Acuerdo no jurisdiccional, de 11 de febrero, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ciertamente llamativo tanto en su forma como en su contenido.

En lo que se refiere a la forma, naturaleza o carácter de esta decisión, llama la atención el uso de un acuerdo no jurisdiccional, amparado por el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero apenas utilizado en otras dos ocasiones más por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁷¹⁷, a diferencia de otras Salas, como la Civil o, especialmente, la Penal, mucho más activas, en lugar de una sentencia del mismo Pleno o Sala General (arts. 197 LOPJ y 227.2 LJS), apta igualmente para la unificación y coordinación de criterios discrepantes de la propia Sala y órgano judicial, y con un claro valor vinculante y jurisprudencial, del que seguramente carece el acuerdo.

Sin perjuicio de que, por su objeto, el recurso de casación para la unificación de la doctrina, sus principales obligados coinciden con los integrantes de la misma Sala que lo adopta, que de este modo actúa como autoreguladora, a diferencia de los otros acuerdos de igual naturaleza alcanzados por la propia Sala de lo Social, relativos a las tasas judiciales o a la notificación a través del sistema Lexnet y, por tanto, con un alcance coordinador judicialmente omnicompreensivo, y también, de que su posterior trasvase a sentencias propiamente jurisdiccionales transfigure los criterios acordados en auténtica jurisprudencia⁷¹⁸.

⁷¹⁵ CASTELL VALLDOSERA, L., «La infracción de normas procesales como motivo para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina», *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999, pp. 78 ss.

⁷¹⁶ En este sentido, los votos particulares de las SSTs de 21 de noviembre de 2000 (RCUD 2856/1999), de 27 de enero de 2009 (RRCUD 1432/2007 y 1447/2007), y de 24 de noviembre de 2010 (RCUD 323/2010).

⁷¹⁷ Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2013, sobre las tasas en el orden social, y de 6 de julio de 2016, sobre notificaciones a través del sistema Lexnet en el orden social y plazos procesales.

⁷¹⁸ SSTs de 11 de octubre de 2017 (RCUD 3788/2015), de 29 de noviembre de 2017 (RCUD 1957/2016), de 7 de febrero de 2018 (RCUD 2045/2015), de 14 de febrero de 2018 (RCUD 784/2016), de 15 de marzo de 2018 (RCUD 650/2016), de 22 de marzo de 2018 (RCUD 3491/2015), de 25 de abril de 2018 (RCUD 1971/2016), de 26 de abril de 2018 (RCUD 1508/2016), de 5 de julio de 2018 (RCUD 2274/2016) y de 29 de noviembre de 2018 (RCUD 134/2017).

Pero llama más la atención, y resulta más cuestionable, su contenido. No tanto por el sentido, justificación o novedad relativa de sus criterios, reconocidos en cierta medida, aun tímidamente, en algunas señaladas sentencias precedentes y, más aún, en algunos de sus votos particulares, como por su parquedad y descontextualización. Y especialmente, por su ausencia de motivación expresa, seguramente exigible en un cambio de envergadura de una doctrina mantenida durante más de veinticinco años, y no provocado por ninguna reforma legal, como podría predicarse, en cierta medida, respecto de los criterios relativos a la contradicción en materia de derechos fundamentales o de Derecho social comunitario con alegación de resoluciones del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobrentendido) o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también fijados por el repetido Acuerdo de 2015, y propiciados por su novedosa previsión en la Ley de Jurisdicción Social de 2011.

Más aún, en contraste con los otros dos Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2013 y 2016, que sí incluían una relativamente profusa y expresa motivación, pese a tratarse de criterios justificados por las respectivas y recientes reformas normativas en materia de tasas judiciales y de comunicaciones electrónicas y sistema Lexnet⁷¹⁹. Bien es cierto que, en el caso del Acuerdo de 2015, el alcance de los nuevos criterios no supone una delimitación restrictiva o de constricción de derechos procesales, sino más bien lo contrario, una flexibilización ampliadora de la contradicción y la admisibilidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina.

En cualquier caso, el cambio de criterios se encuentra seguramente justificado por el excesivo rigor y rigidez de la exigencia de la doble identidad, sustantiva y procesal, en muchos casos irrelevante la primera a efectos de contradicción en la segunda, y por el cierto automatismo excluyente en la admisión del recurso por infracción procesal y el consecuente práctico vaciamiento de un gran bloque de posibles infracciones jurídicas de improbable alternativa judicial revisoria, al resultar inviable el incidente de nulidad de actuaciones por proceder, al menos formal y legalmente, un recurso (art. 241.1 LOPJ).

Y con carácter más general, por el riesgo derivado sobre el propio ordenamiento jurídico ante una creciente laguna en la unificación doctrinal y en la

⁷¹⁹ Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, y Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, y Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET (curiosamente no citado en el correspondiente Acuerdo de 2016), respectivamente.

creación de jurisprudencia en materia procesal, también sin alternativa real en el resto de procesos y recursos a cargo de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En inescindible conexión, en fin, con un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en un nuevo marco legal de flexibilización del acceso a este recurso de las infracciones relativas a los derechos fundamentales, claramente cualificadas (art. 219.2 LJS de 2011), y, en algunos casos, con cuestiones de orden público procesal susceptibles de planteamiento y resolución de oficio, cuyo control jurisdiccional seguramente también se amplía y refuerza en esta Ley, al menos en el recurso de suplicación [arts. 191.3.d) y e) LJS].

En lo que se refiere a los nuevos criterios sobre la contradicción por motivos de infracción procesal en el recurso de casación para la unificación de la doctrina, el Acuerdo de 2015 establece dos de carácter más general y dos más específicos, uno en relación con los supuestos de «incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social», y otro, superpuesto, en relación con las «infracciones de garantías procesales fundamentales o derechos fundamentales sustantivos».

Conforme al primer criterio general, «Cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del artículo 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas». Se rompe, de este modo, con la doctrina tradicional que exigía la doble identidad, en la controversia procesal pero también en la sustantiva, para verificar una contradicción o divergencia efectiva entre pronunciamientos.

No obstante, y pese a la aparente rotundidad del enunciado transcrito, no parece que deba descartarse de plano la posible comparación adicional de los elementos del pleito sustantivo, puesto que, como se dijo, en no pocos supuestos la conformación fáctica y jurídica del pleito sustantivo incide real o potencialmente en los aspectos procesales, y puede justificar, en su caso, la divergencia de pronunciamientos, excluyendo, por tanto, la contradicción doctrinal. En tales casos, parece pertinente mantener la doble comparación y exigir la doble identidad, si bien circunscrita a los elementos sustantivos relevantes a efectos procesales⁷²⁰.

Por otro lado, la delimitación y concentración de las identidades legalmente exigidas, referidas a litigantes, hechos, fundamentos y pretensiones (art. 219.1 LJS), respecto de la controversia procesal, requiere igualmente algún matiz. Particularmente en lo que se refiere a los litigantes o partes, toda

⁷²⁰ SSTS de 8 de mayo de 1992 (RCUD 221/1991), de 16 de julio de 1992 (RCUD 50/1991) y de 11 de marzo de 2015 (RCUD 1797/2014).

vez que, si bien su sustancial identidad en la controversia sustantiva no suele tener mucha relevancia en orden a valorar la contradicción doctrinal, sí puede tenerla en mayor medida en relación con la controversia y la infracción procesales, tanto en lo que se refiere a su posición (demandante-demandado, recurrente-recurrido, ejecutante-ejecutado)⁷²¹, como en lo relativo a sus actuaciones y omisiones procedimentales y a su eventual participación o responsabilidad en la infracción pretendida (protestos, alegaciones, etc.)⁷²².

También en relación con la infracción procesal imputada a la sentencia recurrida y que, pretendidamente, no concurre y a la que se opone la sentencia de contraste, teniendo en cuenta que, en algunos casos, dicha infracción puede ser graduable, dificultando con ello la identidad o la homogeneidad de los supuestos y, por ende, atenuando o excluyendo la efectiva divergencia de pronunciamientos⁷²³. Amén de la individualización y casuística en que se traduce esa graduación, incrementada por la valoración de conceptos jurídicos indeterminados de amplio espectro como el «quebrantamiento de formas esenciales» o la «indefensión», en su caso [art. 207.c) LJS].

El segundo criterio aparentemente general del Acuerdo de 2015 precisa que «Al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, pues debe permitir que se aprecie una divergencia de doctrinas respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva. (Por ejemplo: litisconsorcio necesario o desistimiento por incomparecencia)». No es claro, sin embargo, que este enunciado constituya una regla general, como podría deducirse de la utilización del adverbio: siempre, o una específica, aplicable tan solo a las infracciones referidas a «los aspectos propios de la tutela judicial efectiva», en la improbable o infrecuente hipótesis de que alguna de las infracciones procesales susceptibles de invocación en el recurso de casación para la unificación de la doctrina no afecte al derecho a la tutela judicial efectiva.

En cualquier caso, se trata seguramente de una regla complementaria de la anterior, quizá incluso más flexibilizadora, en el sentido de considerar la homogeneidad como una identidad atenuada, y la contradicción en términos más amplios o genéricos, que no abstractos o descontextualizados, o pura y simplemente doctrinales. De modo que, al proyectar la doctrina de la sentencia de contraste sobre la situación procesal cuestionada de la sentencia recurrida,

⁷²¹ MOLERO MARAÑÓN, M. L., *El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social*, Lex nova, Valladolid, 1997, pp. 106 ss.

⁷²² STS de 29 de noviembre de 2017 (RCUD 1957/2016).

⁷²³ STS de 23 de marzo de 1992 (RCUD 950/1991).

pueda constatarse la contradicción, por deducirse cabalmente que aquella se habría pronunciado del mismo modo, divergente de la sentencia recurrida, en tal situación homogénea o comparable⁷²⁴.

Por su parte, el primer criterio específico del Acuerdo exige que «En los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina, o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión». Teniendo en cuenta que tanto la incongruencia como la falta de competencia o el defecto de jurisdicción pueden concurrir por omisiones, ausencias de decisión explícita, o actuaciones o resoluciones no motivadas o sin doctrina, es razonable no exigir en todo caso un pronunciamiento expreso. Sin embargo, no parece que esta regla deba predicarse de la sentencia de contraste, sino, más bien, de la recurrida, pues es a ella a la que se imputa la infracción procesal, y de lo contrario podría resultar inatacable, mientras que, por su parte, a la sentencia de contraste debería exigírsele un pronunciamiento expreso del que pueda concluirse claramente la homogeneidad de la cuestión procesal debatida y la contradicción doctrinal⁷²⁵.

En este sentido, la contradicción que abre el cauce del recurso de casación para la unificación de la doctrina exige una divergencia de pronunciamientos, y para que esta exista es necesario, en primer lugar, su planteamiento, en todo caso expreso, en los dos procesos que dan lugar a las dos sentencias pretendidamente contradictorias (igualdad de pretensiones y fundamentos), bien a instancia de parte, bien de oficio por el órgano judicial. En segundo lugar, es igualmente necesario que de ese planteamiento se derive un pronunciamiento que cause la sentencia (*ratio decidendi*), y este sí puede ser tácito o también por omisión; pero solo en el caso de la sentencia recurrida a la que se imputa la infracción procesal, que, efectivamente, puede concurrir por la tácita, por inacción o por omisión (ejemplo paradigmático sería la incongruencia omisiva), y no en la sentencia de contraste, puesto que sin pronunciamiento expreso difícilmente podrá haber una divergencia y una contradicción doctrinal⁷²⁶.

Por otra parte, la disposición completa de los autos o expedientes y documentos del proceso, desde la instancia, por parte del Tribunal Supremo, en el caso del proceso recurrido, permite conocer si realmente se ha producido una decisión judicial por la tácita o por omisión, al contar, por ejemplo, con los escritos de interposición e impugnación del precedente recurso de suplicación, de

⁷²⁴ STS de 18 de noviembre de 2018 (RCUD 2826/2016).

⁷²⁵ STS de 26 de mayo de 1999 (RCUD 3641/1998).

⁷²⁶ SSTs de 8 de abril de 2009 (RCUD 1267/2008), de 20 de julio de 2009 (RCUD 4032/2008), de 14 de diciembre de 2012 (RCUD 3157/2011), y de 25 de abril de 2018 (RCUD 1971/2016).

los que se desprenda el explícito planteamiento de la cuestión procesal no resuelta expresamente⁷²⁷. Sin embargo, esta circunstancia no concurre en el caso de la sentencia de contraste, lo que en muchos casos puede dificultar o imposibilitar el conocimiento cabal del planteamiento de la cuestión debatida en casación si la decisión divergente de la sentencia de contraste es igualmente implícita.

Por último, el segundo criterio específico del Acuerdo de 2015 se superpone o confunde en la regla especial establecida en relación con los supuestos del entonces novedoso artículo 219.2 de la LJS de 2011, y la doctrina de contradicción del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobrentendido) o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que, si la infracción procesal de que se trate, se refiere «garantías procesales fundamentales», se asimila a los derechos fundamentales, y «la igualdad sustancial de las situaciones respectivas debe estar referida a la pretensión de tutela del derecho o libertad en el aspecto concreto de que se trate».

De este modo, como se dijo, las identidades exigidas legalmente entre la sentencia recurrida en casación para la unificación de la doctrina y la de contraste, así como el propio debate casacional unificador y la misma resolución del recurso por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, seguramente se aíslan y circunscriben en relación con «la pretensión de tutela de tales derechos y libertades», a efectos de «conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado» (art. 219.2 LJS). En un contexto seguramente más explicable por el carácter cualificadamente antijurídico de las infracciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo (arts. 24 CE y 6 Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas de 4 de noviembre de 1950, del Consejo de Europa)⁷²⁸, y por la consideración de todos los juzgados y tribunales como garantes de los derechos fundamentales, y también del Derecho comunitario (art. 4 bis, 5 y 7 LOPJ), que por la simple contradicción doctrinal⁷²⁹.

Con ello parece producirse cierta aproximación o confusión entre la contradicción doctrinal, que abre el acceso al recurso de casación para la unificación de la doctrina, y la infracción jurídica, que permite su estimación, puesto

⁷²⁷ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Recurso de casación para la unificación de doctrina», en VV. AA. (dir. y coord. Desdentado Bonete, A.), *Memento Procedimiento Laboral 2019-2020*, Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 1443 y 1444.

⁷²⁸ STS de 11 de octubre de 2017 (RCUD 3788/2015).

⁷²⁹ Véase, en este sentido, el párrafo antepenúltimo del preámbulo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. También CASAS BAAMONDE, M. E., «Jurisdicción social y jurisdicción constitucional: el renovado recurso de casación para la unificación de doctrina «común» y sus nuevas modalidades en interés de la legalidad», *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2012, pp. 6 ss.

que la aplicabilidad de la sentencia de contraste de aquellos altos Tribunales (TC, TEDH o TJUE) a la cuestión o punto de contradicción llevada al recurso de casación, requiere una homogeneidad entre los respectivos debates (de la sentencia recurrida y de la de contraste). Identidad, por tanto, a efectos de acceso al recurso de casación, en los flexibles términos admitidos para las cuestiones relativas a los derechos fundamentales. Y la divergencia entre sus pronunciamientos supone necesariamente, y en términos análogos, tanto la contradicción como la infracción jurídica.

Es decir, si la sentencia de contraste de los Tribunales mayores resulta aplicable al supuesto cuestionado es porque los debates son homogéneos a efectos de acceso este recurso, y, por tanto y tratándose de una sentencia de contraste, con un pronunciamiento divergente o contradictorio, concurrirá también, ontológicamente, la infracción de la doctrina de dicha sentencia por parte de la recurrida en casación. No debe perderse de vista que, como se dijo, cuando la sentencia de contraste es del propio Tribunal Supremo o de estos otros altos Tribunales, salvo supuestos de cambio de doctrina, la contradicción implicará necesariamente la infracción jurídica, e incluso, en el segundo caso, aquel no podrá separarse de la superior doctrina de estos⁷³⁰.

Por lo demás y en cualquier caso, se añade igualmente alguna complicación adicional, particularmente en relación con la necesaria delimitación, dentro de las infracciones procesales que abren el recurso de casación para la unificación de la doctrina conforme al artículo 207 de la Ley de Jurisdicción Social, de aquellas que afecten a «garantías procesales fundamentales» en el marco del artículo 219.2 de esta misma Ley. Y quizá también en relación con el alcance del debate y de la resolución casacionales, circunscritos legalmente, como se dijo, a «la pretensión de tutela de tales derechos y libertades», y a la concesión o denegación «de la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado» (art. 219.2 LJS), en términos que recuerdan a la cognición limitada de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales (arts. 178 y 182 LJS)⁷³¹.

⁷³⁰ DESDENTADO BONETE, A., «La nueva casación para la unificación de doctrina en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013, p. 382.

⁷³¹ Véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017, pp. 324 ss.

3. LA INFRACCIÓN JURÍDICA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR MOTIVOS PROCESALES

Con carácter general, la viabilidad o admisibilidad legal del recurso de casación para la unificación de la doctrina en relación con las infracciones procesales fue tímidamente cuestionada en sus inicios, toda vez que la referencia normativa a la infracción legal, en el marco de este recurso, era genérica y podía confundirse o diluirse con la propia contradicción doctrinal o jurisprudencial (arts. 221 LPL 1990 y 222 LPL 1995)⁷³², y no es hasta la vigente Ley de Jurisdicción Social de 2011 cuando se hace explícita la remisión, hasta entonces implícita, a los motivos de infracción jurídica establecidos con carácter común en el marco del recurso de casación ordinaria, incluidas las de carácter procesal, con la salvedad del relativo al error en la apreciación de la prueba o a la revisión de los hechos (art. 224.2 LJS, en relación con el 207)⁷³³.

Es decir, en lo que se refiere a los motivos de carácter procesal: «a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción»; «b) Incompetencia o inadecuación de procedimiento», y «c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte»⁷³⁴.

Con las debidas adaptaciones, teniendo en cuenta que el recurso de casación ordinaria, en el que se regulan las infracciones jurídicas con carácter común para las dos casaciones sociales, supone el segundo grado jurisdiccional frente a resoluciones dictadas en instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, mientras que la casación para la unificación de la doctrina es un recurso excepcional en procesos que ya han pasado por su segundo grado en suplicación, de modo que las referencias, en aquellas reglas, al «juicio», deberán entenderse ampliadas al proceso o recurso (de suplicación). Más aún, teniendo en cuenta que es en el recurso de suplicación en el que se delimita el objeto del propio recurso de casación para la unificación de la doctrina y los elementos de comparación (hechos, pretensiones y fundamentos) a efectos de contraste y contradicción⁷³⁵.

⁷³² CAMPOS ALONSO, M. A., «El recurso de casación para la unificación de la doctrina: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 16, 1992, p. 317.

⁷³³ STS de 4 de diciembre de 1991 (RCUD 233/1991).

⁷³⁴ Exhaustivamente, MOLINER TAMBORERO, G., y SAMPEDRO CORRAL, M., *El recurso de casación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 49 ss.

⁷³⁵ STS de 16 de octubre de 2001 (RCUD 3683/2000), de 16 de enero de 2002 (RCUD 34/2001), y de 22 de junio de 2004 (RCUD 3967/2003).

No alcanza, sin embargo, a las infracciones que afecten a la vía previa o a actuaciones preprocesales o extrajudiciales: conciliatorias, administrativas, convencionales, cooperativas, societarias, etc.⁷³⁶, susceptibles de cuestionamiento en suplicación [art. 191.3.d) LJS] y también en el precedente recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 (art. 168.6.º), pero carentes de contenido casacional en la vigente Ley de Jurisdicción Social⁷³⁷.

Tampoco se extiende a los errores en la apreciación de la prueba o a la revisión de la declaración de los hechos probados⁷³⁸, susceptibles de invocación, por el contrario, aun limitadamente, en suplicación [art. 193.b) LJS] o en casación ordinaria [arts. 207.d) y 224.2 LJS]. Sin perjuicio de su posible cuestionamiento indirecto en el marco de la valoración de la prueba y de las normas que la regulan (*v. gr.* presunciones)⁷³⁹, por la vía de las infracciones generales de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia [art. 207.e) LJS]; de las actuaciones procesales y judiciales relativas a la proposición y práctica de la prueba, incluidas las preguntas a testigos, interrogados, peritos, etc., por la vía del quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con indefensión de parte [art. 207.c) LJS]⁷⁴⁰, o de la construcción de la propia sentencia (congruencia, suficiencia, motivación, racionalidad...) ⁷⁴¹, por una u otra vía, según el caso y la infracción producida e invocada⁷⁴².

No obstante, pese a la limitación legal de los motivos procesales susceptibles de alegación en el recurso de casación para la unificación de la doctrina, la ampliación del ámbito de recurso de suplicación a cualesquiera procesos de instancia cuando concurren determinadas infracciones procesales [art. 191.3.d)

⁷³⁶ SSTS de 4 de febrero de 1994 (RCUD 3834/1992), de 12 de mayo de 1997 (RCUD 3855/1996), de 15 de junio de 1999 (RCUD 3246/1998), de 13 de octubre de 2003 (RCUD 112/2002), de 21 de octubre de 2004 (RCUD 4718/2003), y de 27 de septiembre de 2006 (RCUD 1767/2005), de 22 de febrero de 2007 (RCUD 4585/2005), y de 6 de junio de 2007 (RCUD 4395/2005).

⁷³⁷ La STS de 17 de julio de 2014 (RC 133/2013), matiza esta exclusión, admitiendo el cuestionamiento del adecuado cumplimiento del requisito de agotamiento de la vía previa como condicionante del acceso a la tutela judicial efectiva, si bien en un recurso de casación ordinaria.

⁷³⁸ STS de 9 de febrero de 1993 (RCUD 1496/1992).

⁷³⁹ SSTS de 6 de febrero de 2003 (RCUD 1207/2002) y de 24 de febrero de 2003 (RCUD 4369/2001).

⁷⁴⁰ STS de 9 de febrero de 1993 (RCUD 1496/1992).

⁷⁴¹ Como precisa la STS de 30 de junio de 1993 (RC 1961/1992), «La congruencia se refiere a la necesaria correlación que tiene que existir entre las pretensiones ejercitadas por las partes en el proceso y los pronunciamientos de la sentencia que en él recaiga, en cuanto que éstos han de dar respuesta a todas las pretensiones planteadas en la *litis*, sin desviarse de las cuestiones suscitadas y sin conceder, tampoco, más de lo que se pide; pero, una vez cumplidas estas exigencias, la figura de la congruencia no tiene nada que ver con los razonamientos y argumentaciones utilizadas en la sentencia».

⁷⁴² STS de 17 de junio de 1991 (RC 1399/1990). También, JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 267 ss., y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La prueba en el proceso laboral: objeto, carga y posibilidades de impugnación», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2006, pp. 77 ss.

y e), y 4.a) y c) LJS], incluso en las materias y procedimientos sin acceso a este recurso por razones sustantivas o de fondo, trae consigo una consecuente potencial ampliación de los procesos susceptibles de llegar a la casación unificadora (art. 218 LJS). Sin perjuicio de que, en tales casos, el objeto del recurso y de su resolución, tanto en suplicación como en casación para la unificación de la doctrina, se limitará a las cuestiones procesales planteadas y tasadas legalmente⁷⁴³.

En cualquier caso, no basta la sola invocación de los trascritos motivos genéricos de infracción procesal contemplados en el artículo 207 de la Ley de Jurisdicción Social, sino que es necesario precisar las concretas normas que regulan las correspondientes y específicas actuaciones procesales que se pretenden infringidas (art. 224.2 LJS). Tanto las de esta ley como las generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en su caso, las supletorias y comunes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mucho más detalladas⁷⁴⁴. Si bien en referencia a aquellos motivos y no a cualquier infracción procesal, pues, a diferencia de las de carácter sustantivo, que permiten la alegación de cualquier norma o jurisprudencia aplicable al caso [art. 207.e) LJS], los motivos procesales están tasados, aun en términos relativamente amplios o genéricos, pero no omnicomprendivos.

A diferencia de las infracciones sustantivas, conformadas con frecuencia, al menos cuando no hay jurisprudencia unificada o consolidada, más bien a partir de discrepancias interpretativas, entre Salas de lo Social de Tribunales de Justicia o incluso simplemente de la parte recurrente con la sentencia recurrida, ante las que, normalmente, optará el Tribunal Supremo en su función creadora de jurisprudencia y unificadora de la doctrina, resolviendo, en caso de estimación del recurso, el debate de suplicación (art. 228.2 LJS)⁷⁴⁵, las infracciones procesales susceptibles de alegación en el recurso de casación para la unificación de la doctrina constituyen, en la mayoría de los supuestos, infracciones en sentido propio susceptibles de reconocimiento y reparación por parte del Tribunal Supremo, normalmente a través de la anulación y reposición del proceso desde y al momento en que concurre el acto procesal origen de la infracción⁷⁴⁶.

A este respecto, la infracción procesal puede provenir de una interpretación discordante de una norma procesal, entre la sentencia recurrida y una de contraste o la propia jurisprudencia, como ocurre, con carácter general, en los

⁷⁴³ STS de 8 de marzo de 2011 (RCUD 2327/2010).

⁷⁴⁴ SSTs de 31 de marzo de 1993 (RC 2178/1991), 8 de junio de 1996 (RC 3066/1995) y de 2 de diciembre de 2014 (RC 97/2013).

⁷⁴⁵ No obstante, al resolver el recurso, el Tribunal Supremo puede adoptar un pronunciamiento diferente al de las sentencias comparadas, sin que tenga que optar entre una u otra (SSTs de 27 de abril de 2017, RCUD 280/2016, y 26 de marzo de 2019, RCUD 3351/17).

⁷⁴⁶ En este sentido, MARTÍN BRAÑAS, C., «Norma procesal y recurso de casación para la unificación de doctrina», *Documentación Laboral*, núm. 51, 1997, pp. 128 ss.

recursos motivados en infracciones sustantivas, pero también y seguramente con más frecuencia, de una mera infracción directa⁷⁴⁷. Particularmente cuando se imputa de manera inmediata y exclusiva a la sentencia de suplicación, y, más claramente, cuando el pronunciamiento recurrido y pretendidamente infractor se produce sin expreso razonamiento, fundamentación o doctrina, en cuyo caso, además, probablemente tampoco concurrirá una efectiva necesidad de unificación doctrinal. Tratándose, en ambos casos, de infracciones jurídicas, la infracción sustantiva constituirá las más de las veces un supuesto de interpretación errónea, un error *in iudicando* o vicio de juicio, mientras que la infracción procesal lo será ordinariamente por inaplicación o por aplicación indebida, por un error *in procedendo* o vicio de actividad⁷⁴⁸.

En este sentido, la sentencia estimatoria de un recurso de casación para la unificación de la doctrina por motivos procesales provocará en la mayoría de los casos la nulidad de lo actuado y la retroacción o reposición del proceso al momento en que concurrió la infracción alegada y reconocida⁷⁴⁹. Particularmente en los supuestos de falta de jurisdicción, incompetencia o inadecuación de procedimiento⁷⁵⁰, o de quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, aunque no cuando la infracción afecte a las normas reguladoras de la sentencia y sea posible la resolución del litigio por parte de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, como se precisa expresamente para el recurso de casación ordinaria (art. 215 LJS)⁷⁵¹, en términos igualmente aplicables al de unificación de la doctrina⁷⁵². Pero posiblemente en menor medida o de forma secundaria se producirá un pronunciamiento ajustado a la unidad de la doctrina (art. 228 LJS).

Desde esta perspectiva, y a diferencia de la casación por motivos de fondo, la casación por motivos procesales constituirá con frecuencia más una vía

⁷⁴⁷ STS de 18 de mayo de 1992 (RC 1359/1991).

⁷⁴⁸ Sobre estas clasificaciones de las infracciones legales, MARTÍN VALVERDE, A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Del recurso de casación para la unificación de la doctrina», en VV. AA. (dir. Monereo Pérez, J. L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013, p. 1218, y MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Del recurso de casación», en VV. AA. (dir. Monereo Pérez, J. L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013, p. 1146.

⁷⁴⁹ STS de 8 de noviembre de 1994 (RC 1096/1994).

⁷⁵⁰ Si la sentencia recurrida ha sido meramente procesal y no ha entrado a examinar la cuestión de fondo por apreciar inadecuación procedimental, la única vía impugnatoria adecuada es la del quebrantamiento de las formas esenciales [STS de 2 de marzo de 2017 (RC 82/2016) y STS de 7 de marzo de 2017 (RC 89/2016)].

⁷⁵¹ En este sentido, la STS de 1 de febrero de 1993 (RCUD 604/1992), en relación con una incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida (art. 369 LEC 1881), revocada parcialmente por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sin declaración de nulidad de actuaciones y retroacción del proceso.

⁷⁵² MOLINER TAMBORERO, G., y SAMPEDRO CORRAL, M., *El recurso de casación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 325 ss., y véase JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 295 ss.

de retractación que una vía de reforma, y más en interés de las partes o litigantes que del ordenamiento y de la unificación de la doctrina⁷⁵³; sin que ello suponga, sin embargo, su conversión o consideración como tercera instancia o como casación ordinaria, puesto que, en ambos supuestos, tanto de infracción procesal como sustantiva, deberá alegarse y justificarse, y concurrir, la contradicción exigida legalmente a efectos de admisión⁷⁵⁴. Con la relevante y matizada salvedad, no obstante, de la eventual existencia de cuestiones de orden público procesal, en las que cabe la admisión y resolución de oficio, no condicionada a la efectiva contradicción de sentencias, como se verá.

En todo caso y pese a que la infracción tenga su origen en actuaciones procesales desarrolladas en la instancia por el Juzgado de lo Social, su imputación a efectos casacionales lo será respecto del recurso de suplicación y actuación y sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en los que se debe circunscribir el debate casacional de unificación de doctrina, como se dijo. En el bien entendido que, en su caso, dicha infracción subsistirá y será imputable de manera mediata a ese Tribunal por su no reparación, siempre que se haya suscitado también en la fase de suplicación.

De igual modo, la infracción procesal debe imputarse también a pronunciamientos que constituyan la *ratio decidendi*, en el sentido de constituir argumentos condicionantes del fallo, de modo que con uno divergente el fallo hubiera sido otro⁷⁵⁵. Sin perjuicio de que también puedan adoptarse sin expreso razonamiento, por la tácita o por omisión, por ejemplo en supuestos de incongruencia, incompetencia o defecto de jurisdicción, como se dijo. En este caso, además, de imputarse el vicio procesal inmediata y exclusivamente a la sentencia de suplicación objeto de recurso de casación para la unificación de la doctrina, posiblemente debiera matizarse la prohibición de planteamiento de cuestiones nuevas en esta sede, puesto que no habrían podido plantearse antes por causa imputable al Tribunal Superior de Justicia, que, no obstante, las habrá suscitado, aun por la tácita o por omisión.

Por otra parte, las infracciones procesales susceptibles de invocación en los recursos de casación son, en todo caso, infracciones jurídicas especialmente cualificadas o agravadas, bien por afectar al orden público procesal o a requisitos esenciales de validez de las actuaciones procesales cuyo incumplimiento conlleva la nulidad de pleno derecho (arts. 238 ss. LOPJ

⁷⁵³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La institución de la «casación» y nuestro modelo casacional», *Revisita española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010, pp. 587 y 588.

⁷⁵⁴ Al respecto, MOLINER TAMBORERO, G., y SAMPEDRO CORRAL, M., *El recurso de casación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 330 y 231.

⁷⁵⁵ STS de 4 de diciembre de 1991 (RCUD 233/1991).

y 225 ss. LEC)⁷⁵⁶, bien por lesionar los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso justo (art. 24.2 CE)⁷⁵⁷. Con consecuencias, además, en orden a la exigencia de contradicción como requisito de admisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina.

En el primer caso (manifiesta falta de jurisdicción, competencia funcional o cosa juzgada), la afectación del orden público procesal o de requisitos esenciales de validez de los actos procesales puede llegar a implicar la actuación de oficio de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC)⁷⁵⁸, posiblemente con la completa exención del requisito de la contradicción, si bien tras la interposición de parte del correspondiente recurso con la correspondiente aportación de sentencia de contraste⁷⁵⁹.

En el segundo, la afectación de derechos fundamentales, así como la indefensión⁷⁶⁰, conlleva una flexibilización del requisito de la contradicción (art. 219.2 LJS), puesto que, como se dijo, «la igualdad sustancial de las situaciones respectivas debe estar referida a la pretensión de tutela del derecho o libertad en el aspecto concreto de que se trate» (Acuerdo TS de 11 de febrero de 2015). Y no solo cuando se cite como sentencias de contraste las del Tribunal Constitucional o las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobrentendido), como podría desprenderse de la literalidad de la norma, sino probablemente con carácter general, cuando el debate se refiera a derechos fundamentales, dada la máxima garantía y protección que les deben los órganos jurisdiccionales (arts. 53 CE y 5 LOPJ)⁷⁶¹.

Por último y en lo que se refiere a las infracciones procesales concretas que pueden motivar los recursos de casación social⁷⁶², parece más claro el alcance de las relativas a la jurisdicción, la competencia o el procedimiento [art. 207.a) y b) LJS]. Referidas, las primeras (jurisdicción), al ámbito de la jurisdicción española, y a la delimitación de competencias entre la jurisdicción y la Administración (o el arbitraje), o entre los distintos órdenes jurisdiccionales; las segundas (competencia), a la competencia objetiva, funcional y territo-

⁷⁵⁶ A semejanza de la nulidad general de los actos administrativos (arts. 47 ss. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

⁷⁵⁷ Véase TASCÓN LÓPEZ, R., «Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el Orden social de la Jurisdicción», *Temas Laborales*, núm. 86, 2006, pp. 56 ss.

⁷⁵⁸ SSTS de 30 de diciembre de 2013 (930/2013) y de 8 de noviembre de 2017 (RC 40/2017).

⁷⁵⁹ SSTS de 14 de febrero de 2018 (RCUD 784/2016) y de 12 de septiembre de 2018 (RCUD 607/2017).

⁷⁶⁰ SSTS de 24 de julio de 2014 (RCUD 2087/2013) y de 7 de abril de 2015 (RCUD 1187/2014).

⁷⁶¹ STS de 20 de abril de 2005 (RCUD 6701/03).

⁷⁶² Exhaustivamente, CHARRO BAENA, P., *Los motivos de la casación social común*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 61 ss.

rial de los órganos de la jurisdicción social, y las terceras (procedimiento), a la modalidad procesal.

Pero no resulta tan claro el alcance y sentido del «Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte» [art. 207.c) LJS]. Particularmente en lo que se refiere a las «formas esenciales del juicio» o del proceso. No tanto en relación con las «normas reguladoras de la sentencia» (vicios de la sentencia), circunscritas a un acto procesal más concreto, como respecto de «las que rigen los actos y garantías procesales» (vicios del proceso), en general, y que, además, causen indefensión ⁷⁶³.

Aparte de la indagación jurisprudencial y jurisdiccional, que en esta materia alcanza a las sentencias dictadas tanto en casación para la unificación de la doctrina como en casación ordinaria, y también, cómo no, a las alumbradas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo relativos al artículo 24 de la norma fundamental en relación con el proceso social, puede resultar especialmente útil e indicativo acudir al contexto y a los antecedentes normativos. En particular, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su versión vigente hasta 1984 ⁷⁶⁴, y especialmente a la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, toda vez que, junto con el tradicional recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, en el que, por cierto, también se incluían motivos de carácter procesal (art. 1692 LEC 1881 y 166 y 167 LPL 1980), en las dos se contemplaba un específico recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio (arts. 1693 LEC 1881 y 168 LPL 1980).

De manera sustancialmente igual en ambas leyes, en la regulación de los dos recursos de casación entonces existentes se contenían enumeraciones más amplias, concretas y detalladas de las infracciones procesales susceptibles de invocación que en la actual Ley de Jurisdicción Social, que bien pueden entenderse incluidas en las más genéricas previsiones vigentes (art. 207 LJS) ⁷⁶⁵. Y también, en su caso, en la misma delimitación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso justo (art. 24 CE), en términos de igualdad de partes, de defensa, y de contradicción. Lo que alcanza,

⁷⁶³ La falta de motivación de la sentencia no constituiría un «Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la Jurisdicción», sino un «Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia» (STS de 18 de septiembre de 1996, RC 3113/1995).

⁷⁶⁴ Hasta su modificación por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Del recurso de casación», en VV. AA. (dir. Monereo Pérez, J. L.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013, pp. 1148 ss.

fundamentalmente, al derecho de acceso a los tribunales, incluido, en su caso, aunque más limitadamente, al recurso; a un juez imparcial; a la asistencia y defensa letrada (eventualmente, gratuita); a la prueba, siempre que sea pertinente o relevante; a un proceso sin dilaciones indebidas, y a una resolución congruente y motivada, y efectiva en su ejecución⁷⁶⁶.

Así, conforme a la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, en el recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal podían invocarse, como infracciones procesales: la incongruencia⁷⁶⁷, la contradicción interna o la vulneración del efecto de cosa juzgada previamente alegada, por parte de la sentencia recurrida (art. 167). Todas ellas susceptibles de enmarcarse en el vigente motivo de «Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia» [art. 207.c) LJS], como vicios en la sentencia⁷⁶⁸.

Y el más específico recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio podía motivarse en la falta de citación de parte o de representación legal de menores o incapacitados, y en la denegación o inadmisión de pruebas o de preguntas, con indefensión y protesta, en su caso (arts. 168 y 78)⁷⁶⁹. También susceptibles de considerarse «Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas... que rigen los actos y garantías procesales» con «indefensión para la parte» [art. 207.c) LJS], como vicios en el proceso⁷⁷⁰.

De manera expresa, en este último supuesto, de quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, con infracción de normas procesales, se exige que se produzca la indefensión de la parte que la invoca, que consiste en «la privación o limitación injustificada y relevante de las facultades de alegación y

⁷⁶⁶ Exhaustivamente, SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 25 ss., y CASTRO ARGÜELLES, M. A., «Los derechos fundamentales inespecíficos en el Proceso laboral», en VV. AA. (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, XXIV Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2014, pp. 226 ss.

⁷⁶⁷ «Se entenderá que existe congruencia cuando el Magistrado resuelva cuestiones que, no habiendo sido expresamente planteadas en la demanda ni suponiendo variaciones esenciales en ella, fueron probadas durante el juicio y recogidas en conclusiones» (art. 167.2.º, último párrafo, LPL 1980).

⁷⁶⁸ Sobre vicios en la sentencia, particularmente de incongruencia, véase las SSTs de 16 de noviembre de 1992 (RCUD 2795/1991), de 24 de noviembre de 1992 (RCUD 1710/1991), de 1 de febrero de 1993 (RCUD 604/1992), de 30 de junio de 1993 (RC 1961/1992), de 26 de mayo de 1999 (RCUD 3641/1998), de 23 de marzo de 2017 (RCUD 2663/2015) y de 13 de marzo de 2019 (RC 63/2018). También, sobre la falta de motivación, la STS de 18 de septiembre de 1996 (RC 3113/1995).

⁷⁶⁹ También por «Haber sido dictada sentencia sin haber resuelto en la misma una cuestión previa propuesta» y por «Haberse omitido el intento de conciliación obligatoria previa, en los juicios en que proceda» (art. 168.4.º y 6.º LPL 1980).

⁷⁷⁰ STS de 8 de junio de 1998 (RC 121/1998).

prueba que causa o puede causar grave perjuicio a quien la alega»⁷⁷¹. Es decir, que la actuación denegada o restringida a la parte sea decisiva en términos de defensa⁷⁷². Dicha indefensión no se presume, aunque tampoco se precisa su prueba plena, bastando, al efecto, indicios de que se ha producido, o que resulte probable, razonable o verosímil⁷⁷³. Resultando igualmente necesario que sea imputable al órgano jurisdiccional y no a la parte que la alega, que, de haber sido posible, debe haber reaccionado frente a la actuación procesal correspondiente mediante la pertinente solicitud, reiteración, protesto o recurso, según el caso⁷⁷⁴. Tanto para eludir la posible imputación de la indefensión a la propia parte, como para que la infracción alegada no constituya una cuestión nueva no susceptible de invocación en casación⁷⁷⁵.

En fin, adicionalmente a los vicios procesales en materia de citación⁷⁷⁶, representación y, especialmente, prueba⁷⁷⁷, expresamente mencionados en la regulación del precedente recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, en la actual sede de casación social también pueden encontrarse algunos otros ejemplos de infracciones procesales alegadas en materia de actos de comunicación⁷⁷⁸, composición del órgano judicial⁷⁷⁹, o admisión o defectos en el planteamiento de recursos⁷⁸⁰.

⁷⁷¹ STS de 29 de junio de 2001 (RCUD 1886/2000).

⁷⁷² STS de 17 de enero de 2007 (RC 16/2005).

⁷⁷³ SSTS de 19 de junio de 1993 (RC 380/1992) y de 29 de junio de 2001 (RCUD 1886/2000).

⁷⁷⁴ SSTS de 31 de marzo de 1993 (RC 2178/1991), de 18 de abril de 1994 (RC 2196/1993), de 28 de junio de 1994 (RC 3944/1992), de 29 de junio de 2001 (RCUD 1886/2000) y de 16 de junio de 2015 (RCUD 324/2014).

⁷⁷⁵ STS de 4 de noviembre de 2002 (RC 55/2002).

⁷⁷⁶ SSTS de 23 de marzo de 1992 (RCUD 950/1991) y de 29 de junio de 2001 (RCUD 1886/2000).

⁷⁷⁷ SSTS de 19 de junio de 1993 (RC 380/1992), de 27 de octubre de 2004 (RC 48/2004) y de 17 de enero de 2007 (RC 16/2005).

⁷⁷⁸ SSTS de 22 de junio de 1992 (RC 845/1990), y de 27 de marzo de 2019 (RCUD 1504/2017).

⁷⁷⁹ SSTS de 10 de junio de 1996 (RC 254/1995) y de 20 de marzo de 2019 (RC 247/2017).

⁷⁸⁰ SSTS de 8 de mayo de 1992 (RCUD 221/1991), de 16 de julio de 1992 (RCUD 50/1991) y de 29 de enero de 2003 (RCUD 3498/2001).

CAPÍTULO XII

UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS

JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La revisión de hechos probados en el contexto del recurso de suplicación.*–3. *El error de hecho en la apreciación de la prueba en el recurso de casación ordinaria.*–4. *El limitado espacio para las cuestiones vinculadas con la revisión de hechos probados en el recurso de casación para la unificación de doctrina.*–5. *Valoración conclusiva.*

1. INTRODUCCIÓN

La revisión de hechos probados constituye una materia de indudable interés y trascendencia en el ámbito del proceso laboral, dentro de la regulación dedicada a los recursos contra las sentencias que ponen fin a la instancia precedente. Conclusión lógica cuando se repara en la importancia indudable que reviste una correcta delimitación de esos hechos probados, como presupuesto para la obtención de una respuesta jurídica adecuada en cada controversia suscitada. Sin obviar tampoco los problemas que se suscitan en torno a los mis-

mos en el ámbito de la práctica forense⁷⁸¹. Revisión de hechos declarados probados que aparece condicionada, además, por la voluntad del recurrente legitimado para interponer el recurso que corresponda⁷⁸². Y para el supuesto de que así lo hiciera, previo el concurso de los requisitos oportunos. No extraña, por tanto, que las cuestiones vinculadas con la revisión de hechos probados hayan merecido asimismo una atención continuada por parte de la doctrina, ya sea desde una aproximación monográfica más ambiciosa⁷⁸³, ya sea al hilo de lo establecido en distintas resoluciones judiciales a nivel de Tribunales Superiores de Justicia⁷⁸⁴, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁸⁵, o el propio Tribunal Constitucional⁷⁸⁶.

Además, como se verá en los epígrafes que siguen a continuación, el conjunto de cuestiones que se plantean alrededor de la revisión de hechos declarados probados, en sus distintos modos y variantes, alcanza un grado de complejidad notable, mayor del que podría preverse en un principio antes de adentrarse en el estudio de la materia. Problemática que evidencia, de manera elocuente, la profusa intervención jurisdiccional existente sobre controversias vinculadas con la misma, en los distintos niveles enumerados, cuyas aportaciones resultan de atención obligada para salir al paso de las numerosas polémicas suscitadas. No en vano se ha señalado, con acierto, cómo una comprensión profunda de la revisión fáctica en sede de suplicación permite optimizar las posibilidades de corrección de errores en la apreciación probatoria de ins-

⁷⁸¹ En ese sentido, abundando en la incidencia de la delimitación del contenido de los hechos probados, bien que contextualizado en el concreto ámbito de la suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 169 ss.

⁷⁸² En general, sobre la legitimación para recurrir en el ámbito del recurso de suplicación, véase GOERLICH PESET, J. M., «Tercera Parte. Los medios de impugnación», AA. VV.: *Derecho Procesal Laboral*, 11.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 395-397; JUANES FRAGA, E., «22. El recurso de suplicación», AA. VV., *Lecciones de Jurisdicción Social*, 2.ª edic., M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 665.

⁷⁸³ En este sentido, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 31 ss.

⁷⁸⁴ A este respecto, véase GIL PLANA, J., «La inexistencia de indicios de discriminación en un despido y revisión de hechos probados en suplicación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 2, núm. 7, 2009, pp. 45 ss.; PÉREZ MORALES, M. G., «Revisión en suplicación de hechos declarados probados con base en pruebas documental y pericial: Comentario a la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife, 8 de septiembre 2006», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2007, pp. 3221 ss.

⁷⁸⁵ En este sentido, véase ORFILA RODRIGUEZ, J. A., «La revisión de hechos probados en el recurso de suplicación: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1998, pp. 829 ss.

⁷⁸⁶ A este respecto, véase SEMPERE NAVARRO, A. V., «Revisión de hechos probados al impugnar el recurso de suplicación (Comentario a la STC 4/2006, de 16 de enero)», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2006, pp. 20923 ss.

tancia⁷⁸⁷. Conclusión válida, igualmente, respecto del error en la apreciación de la prueba con ocasión de la casación ordinaria.

En efecto, con la referencia puesta en el proceso laboral, la LRJS contempla la revisión de hechos probados con ocasión de dos instancias distintas, según que se trate del recurso de suplicación o del recurso de casación ordinaria, respectivamente. En primer lugar, desde su vinculación con el recurso de suplicación, con una mención explícita en el artículo 193 de la LRJS que, bajo la rúbrica de «Objeto del recurso de suplicación», señala entre los objetos tasados del recurso de suplicación, precisamente, la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas [art. 193.b) de la LRJS]. Precepto éste crucial en la configuración del recurso de suplicación, según ha reconocido la doctrina⁷⁸⁸. Y previsión que se completa, más adelante, con una mención en el artículo 196 de la LRJS cuando, dentro de esa rúbrica de «Escrito de interposición», refiere la obligación de señalar de manera suficiente para su identificación, el documento concreto o la pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados aducido, junto con la formulación alternativa que se pretenda. Configuración que corrobora el elevado carácter formal del escrito de interposición.

Cuestión distinta es, sin embargo, el supuesto que plantea, todavía dentro del recurso de suplicación, el artículo 202 de la LRJS, con la rúbrica de «Efectos de la estimación del recurso», en alusión a la nulidad de actuaciones por insuficiencia de hechos probados, para aquellas hipótesis donde la sentencia que estime en su caso el recurso de suplicación llegue a la convicción de que la resolución recurrida contiene, en verdad, un relato insuficiente de hechos probados, de manera que no puede completarse el cauce procesal correspondiente, debiendo acordar en ese caso la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales. Y concretar, para el caso de que se trate de nulidad parcial, aquellos extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, con obligación de reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, salvando así las deficiencias advertidas y proseguir con el curso legal de los autos (art. 202.2 de la LRJS).

⁷⁸⁷ En este sentido, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 29 ss.

⁷⁸⁸ A este respecto, véase JUANES FRAGA, E., «Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación», VV. AA., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, J. R. Mercader Uguiña (Dir.), Tratados la Ley, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 1289. Desde una perspectiva más general, sobre la naturaleza del recurso de suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 69 ss.; JUANES FRAGA, E., «22. El recurso de suplicación», cit., pp. 662 ss.

Por otro lado, como analizaremos también en epígrafes posteriores, la revisión de hechos probados encuentra asimismo una presencia destacada mediante el error de hecho en la apreciación de la prueba, dentro del recurso de casación ordinaria, cuyo artículo 207 de la LRJS, dedicado a los «Motivos del recurso de casación», incluye en su apartado d) el «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». En este sentido, también, el artículo 210 de la LRJS, bajo la rúbrica de «Interposición del recurso», refiere en su número 2, el mandato de expresar en dicho escrito de interposición del recurso, por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, según el orden que previene el artículo 207 del mismo Texto legal, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos, junto con el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, con una mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, para el supuesto de que se invoque el quebranto de la doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada y en particular, los extremos siguientes: ... «b) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna».

Orden que deberá seguir asimismo el Tribunal Supremo en su análisis, modificando en su caso el propuesto en el recurso para el caso de no respetar el establecido por la norma, como ha puntualizado la jurisprudencia⁷⁸⁹. Con buen criterio, por tanto, con la redacción dada al artículo 210.2.b) de la LRJS, mediante esas exigencias precisas impuestas al recurrente cuando trate de articular su recurso (de casación ordinaria, en este caso) sobre motivos basados en esa invocación del error de hecho en la apreciación de la prueba, el legislador busca evitar cualquier tentación de invocación genérica a cargo del recurrente, con la consiguiente traslación al Tribunal de una carga, vinculada con el motivo alegado, que en verdad no le corresponde.

Razonamiento que justifica plenamente, desde nuestro parecer, esa exigencia establecida en la norma y señalar «de modo preciso, cada uno de los documentos en que se fundamente» ese motivo basado en el error de hecho en la apreciación de la prueba. Deber que se intensifica además con la obligación adicional de concretar, una vez identificado previamente de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente —como se ha visto—, el extremo

⁷⁸⁹ STS de 19 de octubre de 1998 (rec. 2154/1998).

concreto a que se refiere. Sumado, en tercer lugar, a la necesidad de ofrecer, junto con todo lo anterior, una formulación alternativa de los hechos probados que se propugna. Exigencias todas de precisión, con una clara proyección sobre el recurrente legitimado, que facilitan de manera inversamente proporcional la función del Tribunal a la hora de decidir sobre la viabilidad, o menos, del motivo alegado.

Para finalizar, con carácter general puede afirmarse el escaso margen para la revisión de hechos probados que existe dentro del recurso de casación para unificación de doctrina (artículos 218 a 228 de la LRJS). Afirmación cuya rotundidad no obstante puede ser objeto de algunas matizaciones, como analizaremos en epígrafes posteriores, con una atención particular –por su interés relacionado con nuestro objeto de estudio– hacia el artículo 219.1 del citado Texto legal.

2. LA REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS EN EL CONTEXTO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

Como se adelantaba en el apartado introductorio, la revisión de los hechos probados exige el cumplimiento de una serie de requisitos generales. Simultáneamente, su posible invocación solo puede tener lugar por referencia a determinados medios probatorios, en alusión a la prueba documental o pericial. Un esquema general que permite, no obstante, la entrada en juego de algunos mecanismos excepcionales para posibilitar dicha revisión. Sea como fuere, como tendrá ocasión de comprobarse, el legislador dispone en relación con la revisión de hechos probados un régimen jurídico ciertamente exigente. Exigencia justificada para evitar eventuales tentaciones extensivas en la utilización por los justiciables del motivo que analizamos, situando al Tribunal en una posición difícil a la hora de resolver el recurso de suplicación –lo mismo que sucede respecto del recurso de casación ordinaria–. Lo cual no excluye que deba guardarse un elemental equilibrio en el nivel de exigencia requerida por la norma procesal, garantizando plena virtualidad a la revisión de hechos probados para fundamentar el recurso de suplicación –o el recurso de casación ordinaria– cuando existan razones para ello, al margen de la solución final que disponga después el Tribunal sobre la validez jurídica, o menos, del motivo alegado.

De igual modo la jurisprudencia, bien que con base en lo dispuesto entonces por la LPL, actualmente derogada y sustituida por la LRJS, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente también sobre los presupuestos nece-

sarios para la revisión de los hechos declarados probados⁷⁹⁰. Requisitos comunes por lo demás a la suplicación y a la casación ordinaria, cuya regulación actualmente contiene el artículo 196 de la LRJS, pudiendo sistematizarse en los elementos siguientes:

a) Fijación del hecho o hechos que han de ser objeto de adición, rectificación o supresión, sin que en ningún supuesto puedan incluirse a estos efectos y bajo esta delimitación conceptual normas de derecho o su interpretación, con obligación además de precisar el ordinal de la relación fáctica de instancia que debe ser objeto de revisión.

b) Cita concreta de la prueba documental o pericial, bien que obre ya en autos bien que haya sido aportada válidamente dentro del trámite de suplicación según las previsiones que recoge el artículo 233 de la LRJS, que demuestre por sí sola la equivocación del juzgador de una manera manifiesta, evidente y clara.

c) Señalar, mediante un texto alternativo en interés de parte, los términos en que deben quedar redactados los hechos probados, a resultas de la adición, supresión o modificación propuesta. Cuestión ésta que añade un componente de complejidad específico para el recurrente, pero que sirve en paralelo para desincentivar eventuales invocaciones bajo el único o principal objetivo de obstaculizar la adecuada dinámica procesal. Con base en esta lógica, no se permite al recurrente limitarse a instar la inclusión de los datos que convienen a su postura procesal, en tanto la voluntad del legislador es por el contrario corregir el presunto error cometido en la instancia, como ha subrayado el Tribunal Supremo⁷⁹¹. A cuyos efectos, no resulta suficiente reproducir los hechos que constan en documentos que se dan por reproducidos, como ha puntualizado también el Alto Tribunal, en época relativamente reciente⁷⁹².

d) Para finalizar, se requiere además que la modificación del hecho probado que subyace en este motivo del recurso tenga una influencia cierta respecto a la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida. Mientras que, para el supuesto de que no fuera así, de advertirse esa carencia de trascendencia, devendría inútil su variación, considerando también aquí el principio de economía procesal, como ha subrayado repetidamente la jurisprudencia

⁷⁹⁰ SSTs de 18 de mayo de 2005 (rec. 149/2002); de 22 de septiembre de 2005 (rec. 193/2004); de 11 de octubre de 2007 (RCUD 22/2007); de 23 de julio de 2008 (rec. 97/2007); de 5 de noviembre de 2008 (rec. 74/2007); ATS de 27 de abril de 2011 (rec. 2178/2010); y ATS de 15 de noviembre de 2011 (rec. 1592/2011).

⁷⁹¹ STS de 1 de diciembre de 2015 (rec. 60/2015).

⁷⁹² STS de 28 de julio de 2015 (RCUD 1925/2014).

dencia⁷⁹³. Requisito que incorpora, por tanto, un grado más de exigencia en relación con esa invocación de la revisión de los hechos declarados probados. No en vano, se ha afirmado que la solicitud de revisión de hechos probados, como regla general, carece de eficacia cuando tras la misma no se articula a su vez motivo alguno de infracción de norma sustantiva o de la jurisprudencia, advertido que la finalidad de la rectificación del relato fáctico de la sentencia recurrida es fijar de manera correcta los hechos que se tomarán después como base para la interpretación jurídica⁷⁹⁴.

Se ha expuesto ya la motivación existente en el trasfondo de este régimen jurídico riguroso que dispone el legislador procesal para la revisión de los hechos probados. Exigencia justificada, además, porque la aceptación en su caso de esa revisión de los hechos probados propuesta por el recurrente coloca al Tribunal ante la tesitura, no de revisar la interpretación dada por la sentencia recurrida que puso fin a la instancia a partir de una relación de hechos probados aceptada, sino de juzgar un supuesto modificado en su conformación según la virtualidad dada a esa revisión de los hechos declarados probados. Un rigor extensible, por lo demás, a la propia configuración del recurso de suplicación en su conjunto, como corresponde a un recurso extraordinario, con el beneplácito de buena parte de la doctrina, sobre todo, con vistas a la preservación del principio de celeridad⁷⁹⁵.

Sin embargo, la hipotética configuración de un régimen jurídico para la revisión de hechos declarados probados, excesivamente rigorista en su articulación legal, puede actuar como un factor desincentivador del derecho al recurso que tiene el recurrente legitimado, cumplidos los requisitos legales, con la consiguiente vulneración del derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE⁷⁹⁶. Consecuencia que entronca, directamente por tanto, con la propia dimensión constitucional que ostenta esa revisión de los hechos declarados probados, desde su conexión con el derecho de defensa o el derecho de tutela judicial efectiva. Por mucho que la limitación respecto a la revisión de los hechos declarados probados pueda explicarse también acudiendo a la fina-

⁷⁹³ SSTs de 13 de marzo de 2014 (rec. 80/2013); y de 18 de diciembre de 1998 (rec. 3365/1997).

⁷⁹⁴ En este sentido, véase JUANES FRAGA, E., «Artículo 196. Escrito de interposición», VV. AA., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, J. R. Mercader Uguina (Dir.), *Tratados la Ley*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 1310.

⁷⁹⁵ A este respecto, véase JUANES FRAGA, E., «Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación», cit., p. 1289.

⁷⁹⁶ Sobre la tutela judicial y el derecho al recurso laboral, véase MONTROYA MELGAR, A., y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, 11.ª edic., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 306 ss.

alidad principal del recurso de suplicación, en referencia al examen del derecho sustantivo ⁷⁹⁷.

En la práctica forense, mediante la interposición de los recursos que procedan en su caso (suplicación o casación ordinaria), puede existir una tentación de invocar de manera artificiosa o poco justificada la revisión de hechos probados, como medio para obtener en su caso una solución del recurso favorable a las pretensiones del recurrente. Tentación obstruccionista que, de encontrar cobertura en la normativa aplicable, no haría sino entorpecer el normal desarrollo del recurso, dedicando energía procesal a resolver esas invocaciones poco o escasamente fundadas, para concluir con una desestimación de semejante pretensión, mas distrayendo la atención de la Sala y retrasando en cualquier caso la resolución de las cuestiones planteadas sobre el fondo de la controversia.

Como prevención frente a semejante tentación, plenamente justificable por lo demás desde la perspectiva del interés de parte tratando de aprovechar cuantas posibilidades o resquicios ofrezca en cada caso la normativa procesal, el legislador laboral ha implementado un régimen decididamente estricto para la revisión de hechos probados. Regulación sometida al cumplimiento de distintas exigencias generales, junto con el deber de fundamentarlo en una serie de pruebas tasadas como son la prueba documental o la prueba pericial. Si bien semejante modelo resulta compatible, no obstante, con la aceptación en paralelo de determinados mecanismos excepcionales de revisión de hechos probados.

2.1 Exigencias generales necesarias para la apreciación de la revisión fáctica

El legislador laboral no considera suficiente para limitar la invocación de la revisión de los hechos probados obligar a sustentar semejante petición desde su vinculación con las pruebas documentales y las pruebas periciales que hayan podido ser objeto de práctica. De manera que, junto con lo anterior, establece asimismo una serie de exigencias generales necesarias para la eventual apreciación de la revisión fáctica a cargo del Tribunal ⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ En este sentido, véase JUANES FRAGA, E., «Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación», cit., p. 1291.

⁷⁹⁸ En este sentido, para un análisis exhaustivo sobre los requisitos exigidos de la revisión fáctica en sede de suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 400 ss.

En primer lugar, por alusión a la pretensión de revisión del relato fáctico judicial o, en su caso, la inclusión de un nuevo hecho probado, señalando con precisión el hecho que se cuestiona y sin margen para incurrir en imprecisiones ya sea por defecto ya sea por exceso. En segundo lugar, se requiere contemporáneamente identificar la prueba documental o pericial sobre la que se hace recaer la revisión fáctica anhelada, junto con la concreción, dentro ya de la prueba documental o pericial señalada, del extremo concreto que resulta relevante a efectos de la revisión de hechos probados propuesta, resultando ese extremo literosuficiente a los pretendidos efectos revisores. La tercera exigencia general para una eventual apreciación de la revisión fáctica exige que la prueba documental o pericial identificada, junto con el extremo literosuficiente de la misma, posean una especial fuerza de convicción, sin venir contradiados por otros elementos de prueba. En cuarto lugar, debe apreciarse un error judicial palmario, como consecuencia de la contraposición entre el hecho cuestionado y ese extremo literosuficiente de la prueba documental o pericial cuestionada. Y, en quinto lugar, completando esta enumeración de exigencias generales para la apreciación de la revisión fáctica, se requiere asimismo que el error tenga trascendencia en el fallo.

La lectura del conjunto de exigencias generales requeridas para apreciar la revisión fáctica permite extraer cuando menos dos conclusiones iniciales. Primero, el rigor impuesto por el legislador en relación con la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Y, en paralelo, los márgenes de interpretación bastante amplios que existen para verificar el cumplimiento o no de esos requisitos, advertida la inclusión de numerosos conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, a la hora de valorar el nivel de precisión del hecho cuestionado; respecto a la concreción del extremo de relevancia a los efectos revisores pretendidos, dentro de la prueba documental o pericial elegida; en relación con esa requerida fuerza de convicción especial; en la apreciación de la existencia de un error judicial palmario; o para valorar la trascendencia del error desde su conexión con el fallo de la sentencia recurrida. En definitiva, cuestiones todas que, dependiendo de su materialización en cada supuesto concreto, pueden dar origen a un complicado –cuando no enrevesado– desarrollo argumental.

Y ello, por más que la justificación común de todas esas exigencias resulte loable desde la concepción dispuesta por el legislador, como garantía de seguridad jurídica en relación con la pretensión del recurrente a la hora de invocar esa revisión de los hechos declarados probados según las pruebas documentales y periciales practicadas. Seguridad jurídica que tiene cuando menos una doble funcionalidad, vinculada en primer lugar con el propio derecho de

defensa de la contraparte. Y, en segundo lugar, por su conexión con el principio de congruencia que compromete la resolución de la Sala.

a) Pretensión de revisión del relato fáctico: la problemática específica que presenta la supresión de hechos probados.

El artículo 193 de la LRJS regula el objeto del recurso de suplicación, incluyendo dentro de la enumeración de supuestos tasados que contiene, concretamente en su apartado b), la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. A partir de aquí, el error judicial en la valoración de la prueba puede tener una doble manifestación. En primer lugar, la incorrecta declaración como probados de determinados hechos, como premisa para solicitar la modificación de esos hechos. En segundo lugar, una omisión de hechos probados, de manera que la pretensión del recurrente en esta hipótesis consistirá en la adición de esos hechos ausentes en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida. En ambos supuestos, con obligación –como se ha comentado ya– de expresar el relato fáctico alternativo al judicial.

Las previsiones enumeradas, de modificación o adición en el apartado de hechos de la sentencia recurrida encuentran, por tanto, pleno encaje en la previsión que contiene el artículo 193.b) de la LRJS. Sin embargo, bastante más dificultades presentan a este respecto las pretensiones que puedan implementarse en relación con las revisiones fácticas negativas. Esto es, peticiones que tienen como único objeto la supresión de hechos probados sin que ello conlleve la incorporación en paralelo de un hecho contradictorio, puesto que concurriendo dicha inclusión estaríamos ante un supuesto de modificación, con pleno encaje en la norma citada. La problemática específica que presentan las pretensiones de eliminar hechos probados de la sentencia recurrida, sin proponer simultáneamente su sustitución por otros hechos, complica sobremedida la labor del Tribunal, obligándole a acometer un análisis que excede de la prueba documental o pericial, sobre la totalidad de la prueba, incluidas la totalidad de las alegaciones de las partes o su conducta procesal, como único modo de verificar con las debidas garantías si ese hecho en cuestión aparece en algún momento en el proceso. De esta forma, podría interpretarse cómo semejante pretensión no tiene encaje en el artículo 193.b) de la LRJS, derivando en una revisión sobre la totalidad que excede o resulta claramente contraria a la naturaleza extraordinaria de la suplicación. Razonamientos todos que han llevado

a algunos Tribunales Superiores de Justicia a rechazar *ab initio* esa pretensión de suprimir determinados hechos probados⁷⁹⁹.

Matizando todavía más sobre esta concreta cuestión, algún pronunciamiento ha defendido no obstante la posibilidad de admitir la petición de supresión de un hecho probado para el supuesto de acreditar que el mismo ha sido introducido sin ningún fundamento por el Juez, al margen por tanto de lo alegado y de lo probado en el proceso que concluye con la sentencia recurrida, circunstancia que justificaría la consideración de esos hechos como hechos ficticios que, en cuanto tales, supondrían una vulneración de la tutela judicial efectiva que regula el artículo 24 de la CE, por servir de base a un razonamiento probatorio ilógico⁸⁰⁰. En un sentido parecido, se ha subrayado asimismo que la supresión de hechos únicamente resulta posible cuando el hecho probado cuya eliminación se propone carece de soporte alguno en cualquier tipo de prueba admisible en derecho, de manera que no pueda considerarse como el fruto de una apreciación discrecional de la prueba, y sí de una apreciación arbitraria de la misma⁸⁰¹.

La duda, no obstante, es si en semejantes supuestos nos encontramos en verdad ante una revisión de hechos declarados probados en los términos que contempla el artículo 193.b) de la LRJS, o si por el contrario no sería más propio encajar semejante hipótesis en el artículo 193.a) del Texto citado, cuando señala como objeto del recurso de suplicación la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión. Ubicación hacia este último apartado citado que requeriría, entonces, la acreditación de las exigencias que refiere la jurisprudencia constitucional para considerar la existencia de un error en la motivación determinante de una vulneración de la tutela judicial efectiva⁸⁰².

Y ello, a partir de la concurrencia simultánea de cuatro elementos, según se deriva de esa doctrina del Tribunal Constitucional. En primer lugar, que ese error en concreto resulte determinante de la decisión adoptada, su *ratio decidendi*, sin posibilidad de conocer cuál hubiera sido el sentido de la resolución judicial de no haberse sustentado en ese error. En segundo lugar, que dicho error sea atribuible al órgano judicial, y por tanto no imputable a la negligencia

⁷⁹⁹ SSTSJ de Galicia de 12 de junio de 2015 (rec. 3806/2013), de 25 de octubre de 2017 (rec. 3519/2017) y de 12 de enero de 2018 (rec. 3514/2017); STSJ de Asturias de 25 de octubre de 2016 (rec. 2159/2016).

⁸⁰⁰ STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2006 (rec. 4083/2006).

⁸⁰¹ STSJ de Asturias de 25 de octubre de 2016 (rec. 2159/2016).

⁸⁰² SSTC 142/2005, de 6 de junio (rec. 2854/2011); 290/2005, de 7 de noviembre (rec. 1621/2004); 64/2006, de 27 de febrero (rec. 5563/2003); y 192/2006, de 19 de junio (rec. 2537/2004).

de la parte, porque de otro modo no constituye una vulneración del derecho de tutela judicial efectiva. En tercer lugar, que el error sea de carácter eminentemente fáctico además de patente, susceptible así de una verificación inmediata, de manera que haya conducido a una conclusión judicial absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. Y, en cuarto lugar, que el resultado descrito produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano, en tanto las meras inexactitudes cuando no provocan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional.

Por su parte, la doctrina judicial a nivel de Tribunal Superior de Justicia, por motivos parecidos al rechazo de la supresión de hechos probados, ha desestimado también aquellas pretensiones de revisar hechos probados inconexos, cuando a través de los mismos se pretende introducir mediante una prueba hábil entre los hechos declarados probados un hecho que carece de trascendencia resolutoria para sustituir otro hecho declarado probado en la sentencia recurrida que, primero, no resulta contradictorio con el que se anhela incorporar, pero que, además, sí es trascendente sin embargo a los efectos resolutorios. Una modificación que no resulta posible sobre la base de lo dispuesto en el artículo 193.b) de la LRJS, como se ha tenido ocasión de señalar⁸⁰³.

Se confirma así que, como es pauta corriente en el estudio de muchas cuestiones de índole procesal, la profundización en el análisis de una determinada institución genera la aparición de nuevos interrogantes necesitados de respuesta. Circunstancia que acontece claramente en relación con la materia que nos concierne, vinculada con la revisión de los hechos probados, considerando la problemática particular que plantea esa supresión de hechos probados, y en parecida medida también esa petición de revisiones fácticas sin conexión, con una presencia no irrelevante, como se ha podido constatar, en la doctrina judicial a nivel de Tribunales Superiores de Justicia.

b) Relato fáctico alternativo.

La pretensión de revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia tiene su continuación inexcusable, como se ha señalado anteriormente, en la redacción de un relato de hechos alternativo. Obligación cuyo cumplimiento en sí no queda por tanto a la libre voluntad del recurrente legitimado. De igual modo que esa liberalidad no se aplica tampoco al contenido que debe tener el relato de hechos alternativo propuesto, debiendo respetar por el contrario una serie de limitaciones. Cautelas dispuestas para asegurar una

⁸⁰³ SSTSJ de Galicia de 14 de septiembre de 2015 (rec. 2919/2014) y de 13 de diciembre de 2016 (rec. 3367/2016).

observancia estricta de lo que debe tener consideración como hechos probados. Un requisito, en relación con la obligación de incluir ese relato fáctico alternativo, que ha venido siendo exigido tradicionalmente por la jurisprudencia, hasta acabar tomando forma finalmente en el artículo 196.3 de la LRJS⁸⁰⁴.

Así, no pueden declararse y no tienen cabida en un relato de hechos probados, en primer lugar, las normas jurídicas aplicables al supuesto controvertido cuando la controversia se funda, precisamente, en determinar su aplicabilidad o no. Por ejemplo, a la hora de determinar el contenido de un determinado convenio colectivo o su aplicación a la hipótesis que se sustancia. Excepción hecha de la costumbre o del Derecho extranjero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281.2 de la LEC. Texto legal con una incidencia destacada en el concepto de prueba documental, como ha subrayado la doctrina⁸⁰⁵. En segundo lugar, no cabe proponer tampoco como hechos probados una determinada interpretación de las normas para decantar la solución de la controversia que se discute, toda vez que validar semejante actuación significaría, en definitiva, predeterminar el fallo, además de tergiversar de manera radical el razonamiento silogístico de la propia sentencia, que significa, por este orden, señalar primero los hechos probados y concretar después el derecho aplicable a esos hechos. En tercer lugar, deben evitarse también cualesquiera valoraciones subjetivas de parte en relación con los hechos controvertidos de la *litis*, preservando en todo caso su neutralidad para aplicar después sobre los mismos aquellos argumentos jurídicos que correspondan, de manera que esas valoraciones subjetivas vertidas sobre los hechos probados no condicionen, hasta lastrarla, la fase subsiguiente de aplicación del Derecho, cuya potencialidad debe preservarse en cada hipótesis concreta. Por ejemplo, de afirmar en un proceso de despido que el incumplimiento del trabajador resulta grave o culpable, o al contrario, cuando esa es precisamente la materia de fondo que se sustancia en el pleito.

En cuarto lugar, no cabe tampoco declarar como hechos probados lo que son, en puridad, las consecuencias jurídicas inherentes a esos hechos controvertidos que subyacen en un determinado litigio. Práctica que, como en la hipótesis anterior, supone también dejar sin contenido la fase siguiente que completa el razonamiento silogístico, con la consiguiente aplicación del Derecho sobre la base resultante del relato de hechos declarados probados. Así sucede de adelantar en la enumeración de hechos probados la solución de la materia

⁸⁰⁴ En este sentido, véase JUANES FRAGA, E., «Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación», cit., p. 1291.

⁸⁰⁵ A este respecto, ampliamente, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 197 ss.

que constituye el objeto de la controversia. Por ejemplo, señalando que se cumple el período de carencia, o que no se cumple, en un juicio sobre prestaciones sociales. O cuando se afirma en ese apartado de hechos declarados probados la cantidad a la que asciende la base reguladora, de ser ésta precisamente la materia que constituye el objeto del pleito. Para finalizar, en quinto lugar, no cabe tampoco incluir en la relación de hechos declarados probados afirmaciones atinentes a la falta de prueba suficiente respecto de elementos que resultan trascendentes para el fallo de la sentencia. Por ejemplo, cuando se afirma en juicio que no se han probado las horas extraordinarias cuya reclamación constituye precisamente el objeto del proceso.

c) Identificación de la prueba y literosuficiencia.

La identificación de la prueba del documento o pericia en que se sustenta la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida constituye, como se ha adelantado anteriormente, otra de las exigencias generales para la apreciación de esa pretensión revisora de la parte fáctica. Sin embargo, también este apartado está influenciado por un componente de rigor, sin que resulte suficiente a esos efectos una invocación genérica a toda o a una parte significativa de la prueba que corresponde a la parte recurrente, ni a la prueba de ambas partes, requiriendo por el contrario, en buena técnica procesal, precisar el folio concreto que corresponde con ese documento o pericia de referencia. De esta manera, cualquier conducta de la parte recurrente que no se adecue a semejantes criterios deberá reputarse carente de valor y operatividad en relación con esa pretensión de revisión fáctica dentro del contexto del recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, distinto de la Apelación⁸⁰⁶.

No obstante, semejante interpretación no significa que cuando existe un error en la identificación del documento o pericia, por ejemplo, cuando las argumentaciones expuestas no corresponden con el documento o pericia identificado por el recurrente, o el error en la concreción específica de los folios concernidos dentro del documento o pericia elegidos para sustentar esta pretensión de revisión de los hechos declarados probados, semejantes errores puedan elevarse a la categoría de formalismos enervantes con vulneración del artículo 24 de la CE, debiendo entonces considerarse el documento o la pericia a los que las partes han querido referirse para sustentar la revisión de los hechos declarados probados.

En cualquier caso, una identificación adecuada del documento o pericia para cumplir con las cautelas señaladas, no garantiza *per se* el éxito de la pre-

⁸⁰⁶ STC 299/1993, de 18 de octubre (rec. 975/1993).

tensión del recurrente, pudiendo no resultar literosuficiente, en aquellas hipótesis donde los extremos avalados con el relato de hechos alternativo que se propone por el recurrente no desmientan sin embargo la existencia de otros extremos que pudieran resultar contradictorios, total o parcialmente, con los anteriores. Con buen criterio, no se permite la técnica del espiguelo, de modo que el recurrente elija únicamente lo que le beneficia, en detrimento del interés del recurrido, merecedor de idéntico grado de protección, considerando la exquisita neutralidad que deben mantener a este respecto las reglas procesales.

Sobre todo, considerando que la posibilidad dada por las normas legales, al facultar la revisión en su caso, previo cumplimiento de los requisitos que procedan, de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no debe perder la referencia básica a conseguir, cual es que la configuración de los hechos probados resultante después de instar esa revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, sea lo más ajustada posible con la realidad. O expresado en otros términos, se pretende evitar que la posibilidad de solicitar esa revisión de los hechos probados, con el cumplimiento de todas las cautelas que corresponda, en vez de tener una influencia positiva correctora de una disfunción previa entre la realidad acaecida y los hechos probados, se utilice por el contrario, en interés de parte, para alejar esa realidad de los hechos declarados probados una vez solventado el trámite de su revisión. Prevenciones, todas, sobre las que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo⁸⁰⁷.

Por ello no extraña que el Alto Tribunal se haya manifestado en ocasiones –bien que vinculado con el recurso de casación ordinaria, pero cuyos argumentos resultan extensibles asimismo a la revisión de hechos probados en el recurso de suplicación–, rechazando la revisión de hechos probados propuesta por el recurrente ante la ausencia de precisión sobre el extremo concretamente afectado, en supuestos donde la prueba documental comprende un número muy alto de folios de los autos⁸⁰⁸. Solución desestimatoria dictada también por no atender el recurrente esa exigencia de precisión con ocasión de un expediente comprensivo de un volumen amplio de folios correspondientes a las copias compulsadas de las actas de las elecciones realizadas en algunos centros de trabajo correspondientes al ámbito de aplicación del convenio colectivo⁸⁰⁹.

A la vista de estas hipótesis concretas, el interrogante es qué margen de interpretación, menor o mayor, tiene el Tribunal para resolver la pretensión

⁸⁰⁷ SSTS de 20 de junio de 1988; 21 de octubre de 1996 (rec. 656/1996); y de 12 de noviembre de 1996 (rec. 295/1996).

⁸⁰⁸ STS de 20 de diciembre de 1999 (rec. 1441/1999).

⁸⁰⁹ STS de 5 de octubre de 1995 (rec. 1538/1992).

planteada, de incumplir el recurrente su deber de concretar esa identificación precisa dentro de la prueba documental o pericial elegida, por ejemplo, atendiendo al volumen de cada expediente. Desde nuestra perspectiva, entendemos que semejante incumplimiento por el recurrente de su obligación de concreción en los términos analizados debería merecer en sí misma el rechazo de su pretensión revisora por parte del Tribunal, sin necesidad de poner en conexión semejante denegación con el volumen del expediente. Solución que, entendemos, resulta más coherente con la preservación de la seguridad jurídica. Sobre todo, si reparamos en que la medición de la complejidad de un determinado expediente no se mide únicamente por su volumen cuantitativo, dependiendo de los elementos que lo integran. Y, aunque así fuera, resultaría difícil también deslindar con precisión la línea imaginaria que separa un expediente voluminoso de otro que no lo es, en relación con la cuestión concreta que examinamos.

d) *Apreciación de error judicial palmario.*

El siguiente elemento necesario para estimar la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, dentro de esas exigencias generales necesarias para una eventual apreciación de la revisión fáctica propuesta, se refiere a la existencia de un error judicial palmario. Constatación que vendrá como consecuencia de la contraposición entre el hecho probado que se cuestiona y el extremo concreto de la prueba documental o pericial señalada, literosuficiente y con especial fuerza de convicción, acreditativo de ese error judicial palmario en la valoración de la prueba concernida. A estos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bajo un rasgo común de rigurosidad, ha utilizado distintas expresiones sobre el grado de exigencia que requiere la apreciación de ese error judicial palmario, apelando por ejemplo a su evidencia de manera clara, directa y patente⁸¹⁰; o abundando en la necesidad de su concurso de modo indubitado, concluyente e inequívoco⁸¹¹; o en alusión a su eficacia radicalmente excluyente, contundente e incontestable⁸¹².

En definitiva, manifestaciones todas que, con independencia de la concreta denominación elegida en cada supuesto, abundan en la misma exigencia, sin una diferencia apreciable entre ellas, considerando que el concepto a verificar es, como se señalaba, la existencia de ese error judicial palmario. Constatación acerca de ese error judicial palmario que, como un modo de incidir to-

⁸¹⁰ STS de 25 de enero de 1991.

⁸¹¹ STS de 24 de octubre de 1990.

⁸¹² STS de 13 de diciembre de 1990.

davía más en el grado de exigencia requerido, debe poder defenderse por sí mismo, sin necesidad de emplear para ello conjeturas o hipótesis apelando a la lógica o la razonabilidad⁸¹³; de igual modo que tampoco cabe acudir para apreciar su presencia a deducciones o comparaciones con otros documentos y cálculos⁸¹⁴; ni se puede llegar a una conclusión semejante a través de una valoración conjunta de la prueba⁸¹⁵; o como resultado de proceder a una reelaboración crítica de la prueba practicada⁸¹⁶.

Jurisprudencia del Alto Tribunal que, con independencia de su particularidad en cada supuesto concreto, evidencia el grado de rigor que se requiere para dejar sin efecto el criterio judicial que ha quedado plasmado en la sentencia recurrida, dentro de ese apartado de hechos probados cuya revisión después se solicita, bajo esa alegación de error palmario en la valoración de la prueba. Rigurosidad plenamente justificada, cuando lo que está en juego es, precisamente, la sustitución del criterio judicial preexistente, por definición imparcial, resultado de la prueba practicada, cuya revisión se solicita bajo ese argumento de la existencia de error judicial palmario, para sustituirlo por otro hecho probado, a propuesta del recurrente legitimado, por definición parcial, considerando al menos el origen de esa propuesta, caracterizada por la subjetividad y el voluntarismo de la parte que recurre la sentencia.

De este modo, no cabría apreciar la existencia del error judicial palmario, y por tanto no podría darse lugar a la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, cuando la prueba documental o pericial señaladas a esos efectos entre en contradicción con otros elementos de prueba distintos que puedan obrar en las actuaciones, ya sean otras pruebas documentales o periciales distintas, ya sea en referencia a otras modalidades de prueba ajenas a la prueba documental o pericial, en alusión a la prueba de interrogatorio de las partes, la prueba testifical o el reconocimiento judicial.

De igual forma que se plantearían también dificultades evidentes, en relación con la materia que analizamos, cuando el juzgador en la sentencia recurrida incluya una invocación en la enumeración de hechos probados de sus facultades legales de libre valoración de la totalidad de la prueba. Ausencia de vinculación de un determinado hecho probado, cuya revisión se pretende, con una concreta prueba documental o pericial, que impediría al recurrente de la sentencia de instancia activar esa pretensión de revisión de los hechos declarados probados. In-

⁸¹³ STS de 9 de julio de 2002 (rec. 1259/2001).

⁸¹⁴ STS de 25 de mayo de 1996 (rec. 2005/1995).

⁸¹⁵ STS de 30 de mayo de 1991.

⁸¹⁶ STS de 3 de mayo de 1990.

cluso, dando un paso más en este mismo razonamiento, la utilización de esta misma lógica por parte del juez podría evitar en el futuro cualquier hipotética pretensión de revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, precisamente, mediante la utilización de esa facultad de utilizar el criterio de la valoración conjunta de la prueba con motivo de la acreditación de un determinado hecho probado.

e) Trascendencia del error sobre el fallo.

La sucesión de requisitos concatenados para completar las exigencias generales dispuestas para apreciar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida tiene su colofón en la necesidad de que ese error en la valoración de la prueba tenga una trascendencia jurídica en el fallo de la sentencia de instancia. De este modo, la mera constatación acerca de la existencia del error, cuando no se cumple ese presupuesto que atiende a su trascendencia en el fallo de la sentencia recurrida, no resulta suficiente para que prospere la revisión fáctica pretendida por el recurrente legitimado, como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia⁸¹⁷. Criterio fundamentado por el carácter subsidiario que ostentan las pretensiones de revisión de hechos declarados probados frente a las denuncias jurídicas, de manera que la aceptación de las primeras solo debe tener lugar cuando proyectan una influencia constatable sobre estas últimas.

Semejante dependencia, sin embargo, como se ha tenido ocasión de comprobar en epígrafes anteriores, no rebaja un ápice el grado de rigor exigido por el legislador. Al revés, lo potencia, una vez que la versión final que se obtenga de los hechos declarados probados va a condicionar, seguramente, la respuesta que merezcan en su caso las denuncias jurídicas formuladas. Se trata por tanto de un extremo, esa trascendencia del error sobre el fallo, que deberá argumentar el recurrente de la sentencia de instancia, si bien dicha exigencia no debe interpretarse de forma excesivamente formalista, como ha señalado la doctrina constitucional⁸¹⁸. En definitiva, siguiendo esta doctrina del Tribunal Constitucional, correspondería examinar en cada hipótesis el contenido completo del recurso para verificar exactamente qué trascendencia debe derivarse del cumplimiento adecuado, o menos, efectuado por la parte recurrente sobre esta es-

⁸¹⁷ STS de 13 de marzo de 2014 (rec. 80/2013).

⁸¹⁸ En este sentido, la STC 230/2000, de 2 de octubre (rec. 759-1998) estimó el recurso de amparo en un supuesto donde se había negado al recurrente de la sentencia de instancia su petición de revisión de un hecho declarado probado con motivo del recurso de suplicación planteado sobre la base de no haberse razonado la relevancia de la misma, aun cuando semejante importancia se deducía claramente del contenido del recurso en su conjunto.

pecífica cuestión, en relación con el grado de argumentación desarrollado para acreditar la trascendencia del error sobre el fallo.

O expresado en otros términos, la misma conducta de la parte sustanciada en el contexto de un recurso de suplicación menos completo, donde no se entendiera implícita semejante cuestión, sí podría haber motivado el rechazo de esa pretensión de revisión de hechos declarados probados por la sentencia de instancia. En definitiva, se trata de una cuestión que debe ser objeto de la correspondiente interpretación por parte del Tribunal, con toda la dificultad e incertidumbre sobre el resultado final que ello conlleva. En cualquier caso, vinculado con esa exigencia acerca de que la revisión solicitada resulte trascendente para el fallo, se ha subrayado por algún representante de la doctrina la relativización que ha sufrido semejante concepción a partir de la introducción del recurso de casación para la unificación de doctrina, como ha refrendado igualmente la jurisprudencia⁸¹⁹, una vez que las Salas de suplicación, no siendo el último grado jurisdiccional, habrían de resolver en todo caso los motivos de revisión de hechos probados, a efectos de dejar debidamente perfilado el relato fáctico para posibilitar en su caso el contraste con otras sentencias dentro del recurso de casación para la unificación que pudiera entablarse⁸²⁰.

2.2 Prueba documental

Analizadas que han sido, con el resultado que se ha visto, las exigencias generales necesarias para apreciar, en su caso, esa pretensión de revisión de los hechos declarados probados, como se señalaba en el apartado introductorio se requiere además, inexcusablemente, que esos hechos probados susceptibles de revisión tengan origen en las pruebas documentales y periciales practicadas. Con la referencia puesta ahora en la prueba documental, ocurre sin embargo que esa apelación a la misma no puede quedarse en una invocación genérica, debiendo por contra descender a sus particularidades según la clase de prueba documental de que se trate, con una aportación muy estimable de la jurisprudencia considerando los medios de prueba concernidos⁸²¹. En este sentido, el

⁸¹⁹ SSTS de 26 de diciembre de 1995 (RCUD 1854/1995); de 22 de mayo de 1996 (RCUD 3602/1995); y de 19 de enero de 1998 (RCUD 1662/1997).

⁸²⁰ En este sentido, véase JUANES FRAGA, E., «Artículo 202. Efectos de la estimación del recurso», VV. AA., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, J. R. Mercader Uguiña (Dir.), *Tratados la Ley*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 1328.

⁸²¹ Para un estudio completo de la prueba documental como medio apto para la revisión fáctica en suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 182 ss.

alcance del concepto de «documentos» en el contexto del recurso de suplicación, a los efectos que examinamos, resulta válido y coincidente con su tratamiento dentro del recurso de casación ordinaria [art. 207.d) de la LRJS]⁸²².

De este modo, corresponde detenerse, siempre dentro de la categoría de prueba documental, entre las singularidades que presentan, por su orden, las declaraciones extrajudiciales documentadas; los medios de reproducción de imagen y sonido; las fotografías; las fotocopias; el expediente disciplinario previo abierto al trabajador sancionado por la empresa; aquellos elementos probatorios cuya interpretación necesita de conocimientos técnicos; las demandas e inductas; las actas del juicio oral; las sentencias dictadas en otros procesos; las actas notariales; y el informe de detectives. Manifestaciones todas expresivas de la distinción existente entre documento y prueba documental⁸²³. Sea como fuere, no está demás tampoco tener presente el tratamiento que merece, desde una configuración general, la prueba documental en el acto del juicio en la instancia.

a) Declaraciones extrajudiciales documentadas.

En relación con las declaraciones extrajudiciales documentadas, debe tenerse en cuenta cómo ni la confesión ni la testifical que tienen lugar durante el acto del juicio resultan hábiles para sustentar a su través una revisión de hechos declarados probados en la sentencia de instancia. Con esos precedentes, parece lógico negar también cualquier virtualidad, a esos mismos efectos, a cualesquiera declaraciones de parte o de terceros que hayan tenido lugar fuera del juicio, ausentes por tanto el principio de contradicción así como el resto de las garantías judiciales. Es por ello que su constancia después en una prueba documental no las rehabilita para sustentar una revisión de hechos declarados probados en la sentencia de instancia. En este sentido, cabe recordar la doctrina constitucional concordante cuando señala que la calificación jurídica de los medios de prueba incumbe a los Jueces y Tribunales, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, de manera que semejante materia está fuera del ámbito objetivo del recurso de amparo⁸²⁴.

En efecto, vinculado con la materia que analizamos, la jurisprudencia ha reafirmado ese rechazo, negando a esas declaraciones extrajudiciales documentadas cualquier eficacia revisora dentro del ámbito del recurso de suplicación.

⁸²² A este respecto, véase MONTROYA MELGAR, A. y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, cit., p. 346.

⁸²³ En relación con esta distinción entre documento y prueba documental, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 182 ss.

⁸²⁴ AATC 332/1985, de 22 de mayo (rec. 45/1985); y 835/1987, de 1 de julio (rec. 422/1987).

Rechazo que ha sustentado el Tribunal Supremo en distintos supuestos, como la comparecencia judicial del recurrente en un momento posterior del juicio, con la realización de una serie de manifestaciones acerca de la prueba practicada⁸²⁵; respecto de las certificaciones emitidas por la propia empresa⁸²⁶; en relación con una declaración testifical recogida en un acta notarial, advertido que semejante documento acredita solo, con la fe notarial, la existencia de una declaración, mas no la veracidad de la misma ni por tanto de los hechos que se hayan podido esgrimir en ese sentido⁸²⁷. Virtualidad revisora que tampoco cabría sustentar cuando esos hechos esgrimidos se sustenten únicamente en noticias periodísticas o recortes de prensa, medios éstos carentes de idoneidad a efectos de acreditar la veracidad de los hechos o declaraciones que contienen⁸²⁸.

b) Medios de reproducción de imagen y sonido.

La jurisprudencia ha negado virtualidad de los medios de reproducción de imagen y sonido para sustentar sobre los mismos eventuales pretensiones de revisión de hechos declarados probados, según las pruebas documentales y periciales practicadas. Negativa que tiene su origen en la normativa de la LEC, configurada como legislación de aplicación supletoria al proceso laboral que regula la LRJS. Y ello, como consecuencia del tratamiento autónomo que dedica el Texto procesal civil a los medios de reproducción de imagen y sonido frente a la prueba documental. Distinción que ha llevado al Tribunal Supremo a rechazar la equiparación de esos instrumentos con los documentos *strictu sensu*, negando en consecuencia también su eficacia a efectos de una eventual revisión con ocasión del recurso de suplicación respecto de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas⁸²⁹.

Semejante criterio se ha seguido, igualmente, respecto de las grabaciones y su transcripción, con ocasión de archivos de audio presentados en un proceso penal, rechazándose su consideración como documentos de conformidad con lo estipulado en la norma procesal civil. Normativa civil a la que remite con carácter supletorio, como se ha señalado antes, el Texto procesal laboral, concretamente la Disposición Final Cuarta de la LRJS. Por ello no puede obviarse, a los efectos que se analizan, el tratamiento autónomo que otorga la LEC a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciados así

⁸²⁵ STS de 21 de octubre de 1996 (rec. 656/1996).

⁸²⁶ STS de 5 de junio de 1995 (rec. 2971/1994).

⁸²⁷ SSTS de 23 de mayo de 1990; y de 7 de marzo de 2003 (rec. 96/2002).

⁸²⁸ SSTS de 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/2013); y de 30 de abril de 1999 (rec. 4000/1998).

⁸²⁹ SSTS de 16 de junio de 2011 (rec. 3983); y de 26 de noviembre de 2012 (rec. 786/2012).

de la prueba documental admisible⁸³⁰. Carácter autónomo que no se ve alterado por el hecho de que se incorpore la transcripción literal de lo grabado, según tiene dicho la jurisprudencia⁸³¹. Transcripción que, además, habrá de incorporarse necesariamente, tras la reforma del artículo 382 de la LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, «de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», como ha significado la doctrina⁸³². Sea como fuere, esa jurisprudencia contrasta con una abundante doctrina judicial, a nivel de Tribunales Superiores de Justicia, que se ha decantado por la admisión de los medios de reproducción de la imagen y el sonido como documento hábil para la revisión de hechos probados en la sentencia de instancia con ocasión del recurso de suplicación, subrayando su caracterización como documento gráfico⁸³³.

En relación con los criterios contrapuestos que se describen, pudiera parecer que la jurisprudencia enumerada del Tribunal Supremo aplica un criterio excesivamente rigorista como fundamento de su rechazo para otorgar virtualidad revisora a los medios de reproducción de imagen y sonido, sobre la base como se ha visto de la aplicación supletoria de la LEC. Sin embargo, semejante lógica estricta rige, con carácter general, toda la materia vinculada con la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. En cualquier caso, su contraste con la doctrina judicial enumerada a nivel de Tribunales Superiores de Justicia, con esa apelación a los medios de reproducción de imagen y sonido como documento gráfico, podría merecer una intervención del legislador para resolver, en un sentido u otro, preferentemente a favor, las discrepancias evidenciadas dentro del ámbito jurisdiccional.

c) Fotografías.

Con la referencia puesta en las fotografías, la doctrina judicial a nivel de Tribunales Superiores de Justicia se ha mostrado favorable a la admisión de las

⁸³⁰ ATS de 27 de julio de 2016 (rec. 3627/2014). A este respecto también, considerando la incidencia de la LEC en el concepto de prueba documental, desde un concepto estricto de prueba documental, en relación con las diferencias de los medios audiovisuales y soportes informáticos sobre los documentos en sentido tradicional, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 208-209.

⁸³¹ STS de 20 de julio de 2016 (rec. 22/2016).

⁸³² En este sentido, véase SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «23. El recurso de casación ordinaria», AA. VV., *Lecciones de Jurisdicción Social*, 2.ª edic., M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 712.

⁸³³ SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 14 de febrero de 2007 (rec. 86/2007) y de 16 de enero de 2012 (rec. 1764/2011); STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012 (rec. 2955/2011); STSJ de Murcia de 23 de enero de 2012 (rec. 715/2011); STSJ de Aragón de 28 de diciembre de 2011 (rec. 841/2011); y STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2011 (rec. 3313/2011).

fotografías como medio de prueba con virtualidad bastante para instar la revisión de los hechos declarados probados en la sentenciada recurrida⁸³⁴. Admisión que encuentra su justificación en la propia noción de documento, subrayando su consideración como objeto que incorpora una representación gráfica susceptible de ser trasladada a presencia judicial e incorporado a las actuaciones. Consideración extensible por lo demás, respecto de los dibujos, croquis, planos así como otros documentos en cuyo contenido no predominen textos escritos, conforme previenen los artículos 333 y 334.2 de la LEC.

d) Fotocopias.

En relación con la aportación de fotocopias durante la celebración de la prueba en el acto del juicio, sucede con relativa frecuencia que la parte contraria rechaza el reconocimiento de las mismas cuando son aportadas por la otra parte. En esta tesitura se plantea cuál es entonces su valor probatorio⁸³⁵. Interrogante que la jurisprudencia ha resuelto distinguiendo entre la falta de reconocimiento del documento, por un lado, y su consideración como documento ineficaz, por otro lado. De manera que, respecto de los documentos privados no reconocidos por la parte contraria a la parte que realiza su aportación, su valor probatorio habrá de ser ponderado en cada supuesto⁸³⁶. Situación que incorpora en sí misma un factor de imprevisibilidad respecto a la virtualidad que puedan tener esas fotocopias a efectos de la materia que nos ocupa, en relación con la revisión de hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

En este sentido, algún pronunciamiento a nivel de Tribunal Superior de Justicia ha señalado la necesidad de distinguir dos hipótesis distintas. En primer lugar, cuando se alude a la inexactitud del documento, entendido como falta de reconocimiento con el original, en cuyo caso habrá de cotejarse necesariamente con éste, y si no resultara posible, su alcance habría de determinarse considerando el conjunto de la prueba practicada (art. 334 de la LEC). Y, en segundo lugar, cuando la objeción de la parte contraria a la parte que aporta esa fotocopia se limita a una simple falta de reconocimiento del documento así aportado mediante copia reprográfica, lo cual no resulta impeditivo para la

⁸³⁴ SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 14 de febrero de 2007 (rec. 86/2007) y de 16 de enero de 2012 (rec. 1764/2011); STSJ de Asturias de 27 de enero de 2012 (rec. 2955/2011); STSJ de Murcia de 23 de enero de 2012 (rec. 715/2011); STSJ de Aragón de 28 de diciembre de 2011 (rec. 841/2011); y STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2011 (rec. 3313/2011).

⁸³⁵ En relación con esta cuestión, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 310 ss.

⁸³⁶ ATS de 5 de marzo de 2014 (RCUD 1813/2013).

atribución al mismo, en su caso, del valor probatorio de un documento privado y su consiguiente ponderación de cara a la revisión de hechos declarados probados en la sentencia de instancia ⁸³⁷.

En definitiva, como consideración final acerca de la virtualidad de la aportación de fotocopias como elemento para sustentar una revisión de hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, semejante actuación no resulta necesariamente impeditiva de la revisión, pero sí añade una complicación adicional, si por tal se entiende la necesidad de resolver previamente el valor que debe concederse a esa copia reprográfica, distinguiendo como se ha visto entre los supuestos donde se alega la inexactitud del documento, frente a aquellos otros donde la objeción de la parte contraria se limita a una mera falta de reconocimiento del documento aportado a través de fotocopia.

e) Expediente disciplinario previo al trabajador sancionado.

En relación con la virtualidad del expediente disciplinario de la empresa hacia el trabajador sancionado, a efectos de promover una revisión de los hechos declarados probados como consecuencia de las pruebas documentales y periciales practicadas, deben distinguirse varias hipótesis. Como posición de principio, desde su vinculación con la cuestión que nos ocupa, la jurisprudencia ha manifestado, con buen criterio, que no cabe atribuir eficacia alguna a lo dispuesto en ese expediente disciplinario, expresivo solo de las conclusiones alcanzadas por la empresa demandada para proceder a la sanción del trabajador, cuando ello pretenda utilizarse para demostrar un hipotético error judicial en la valoración de la prueba, advertido que la convicción sancionatoria de una de las partes –la empresa en este caso– expresada en el expediente disciplinario, materializado así en tiempo anterior al inicio del proceso judicial, no puede concurrir y menos superponerse al criterio valorativo alcanzado por el juzgador de instancia, claramente más objetivo y completo, como resultado de toda la prueba practicada en el acto de juicio ⁸³⁸.

Conclusión que resulta extensible, igualmente, respecto de cualesquiera manifestaciones de la parte recurrente que consten en el pliego de descargos obrante en el expediente contradictorio abierto por la empresa al trabajador sancionado, debiendo negar también en este caso eficacia revisora sobre los hechos declarados probados como consecuencia de las pruebas documentales y periciales practicadas en la sentencia recurrida. Y ello, porque lo expresado en ese

⁸³⁷ STSJ de Madrid de 24 de enero de 2014 (rec. 1813/2013).

⁸³⁸ STS de 5 de diciembre de 1990.

pliego de descargos acredita únicamente la realización de esas manifestaciones por parte del trabajador sancionado, pero en ningún caso su veracidad, como ha subrayado la jurisprudencia⁸³⁹. Solución distinta puede merecer, sin embargo, a efectos de su hipotética capacidad revisora de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, cuando lo que pretenda acreditarse sea únicamente la propia existencia del expediente disciplinario contradictorio y, en su caso, el cumplimiento por parte del empresario de los distintos trámites o audiencias exigidos legal o convencionalmente, así como también a efectos de resolver en su caso sobre una eventual prescripción de la falta imputada al trabajador.

f) Elementos probatorios cuya interpretación requiere conocimientos técnicos.

Con carácter general, como posición de principio, no resulta atendible la invocación directa como prueba documental, para alegar la revisión de hechos declarados probados en la sentencia recurrida, cuando semejante pretensión se sustenta en elementos tales como electrocardiogramas, resonancias magnéticas nucleares, tacógrafos, etc. Instrumentos expresivos de una realidad exteriorizada en soporte gráfico, cuya utilidad sin embargo, en relación con la materia que nos concierne, necesita inevitablemente de una prueba pericial para hacerlos inteligibles, toda vez que en caso contrario no resulta posible su interpretación, de no ir acompañados por esas nociones técnicas especializadas. Conocimientos cuya posesión no resulta exigible para el órgano judicial que los debe valorar. De esta forma, vinculado con la cuestión que analizamos, semejantes elementos probatorios cuya interpretación precisa de conocimientos técnicos especializados, únicamente constituyen el objeto sobre el que debe recaer la prueba pericial para acreditar, en su caso, el error del juzgador. En realidad, se trata de asegurar que la misma operación que se requiere para la consignación de esos elementos probatorios como hechos probados se exija también cuando trate de invocarse la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

g) Demanda e instructas.

En relación con la invocación de la demanda a efectos de solicitar la revisión de los hechos declarados probados con las pruebas documentales y periciales practicadas, la jurisprudencia, con buen criterio, ha rechazado su eficacia para esa pretensión revisora mediante el recurso de suplicación. Y ello, con

⁸³⁹ STS de 26 de febrero de 1991.

el argumento principal de que la demanda refleja únicamente alegaciones de parte, sin acreditar por tanto la veracidad de los hechos expresados en la misma⁸⁴⁰. Negativa que no desmiente, en cualquier caso, la importancia que ostenta la demanda dentro del proceso laboral, sin ir más lejos, apelando a su condición de elemento esencial para la delimitación de la pretensión, y con ello también, su carácter referencial para la comprobación posterior de la congruencia de la sentencia.

El mismo criterio de rechazo en relación con esa pretensión revisora de los hechos declarados probados, a resultas de las pruebas documentales y periciales practicadas en la sentencia recurrida, debe predicarse también en relación con las instructas que puedan presentar los demandados a modo de contestación escrita de la demanda como complemento en su caso de la contestación oral, así como aquellas instructas que presenten cualesquiera de las partes en el acto del juicio a modo de notas breves de cálculo o resumen de datos numéricos, de conformidad con la previsión que contiene a este respecto el artículo 85.6 de la LRJS cuando refiere que «...Igualmente podrán facilitar las partes unas notas breves o cálculo o resumen de datos numéricos». Instructas o notas breves que no ostentan, en cualquier caso, la condición de documentos a efectos de revisión, como ha señalado el Tribunal Supremo⁸⁴¹. Y ello, con independencia de la virtualidad que, en su caso, pudieran alcanzar esas mismas instructas o notas breves en relación con un hipotético planteamiento de un recurso fundado en incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, de acreditarse mediante aquellas el planteamiento de una determinada cuestión jurídica que después no ha recibido ninguna respuesta –en un sentido u otro– en la sentencia.

h) Actas del juicio oral.

Respecto a las actas del juicio oral, la jurisprudencia ha rechazado, con buen criterio, su virtualidad a efectos de revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Y ello, con el argumento de que, si bien resultan válidas para acreditar fehacientemente una determinada actuación procesal, configuradas por tanto bajo la condición de documento público que refleja de manera fidedigna los actos realizados por las partes o por el juzgador durante el desarrollo del proceso, carecen sin embargo de fuerza probatoria para corroborar los hechos acaecidos al margen del

⁸⁴⁰ STS de 26 de noviembre de 1991.

⁸⁴¹ ATS de 6 de octubre de 2011 (RCUD 547/2010).

proceso⁸⁴². De manera que su invocación carece de significación a efectos de revisión cuando se pretende utilizar para reproducir declaraciones efectuadas durante la prueba de interrogatorio de las partes o de los testigos que hayan podido intervenir en la celebración del juicio. En contraste, la doctrina judicial sí ha admitido su eficacia potencial para revisar hechos probados de la sentencia de instancia cuando esa invocación de las actas del juicio oral se hace para tratar de acreditar el contenido de la prueba pericial practicada durante la celebración del juicio⁸⁴³. Cosa distinta es que, con la referencia del artículo 85.6 de la LRJS, las actas del juicio oral sí tengan virtualidad para acreditar los hechos fijados en la instancia por la conformidad de ambas partes, para el caso de que exista después controversia sobre este preciso extremo ante un eventual recurso de suplicación.

i) Sentencias dictadas en otros procesos.

La eficacia para revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, con ocasión de las sentencias dictadas en otros procesos, ha sido tradicionalmente rechazada por la jurisprudencia, si bien en tiempo relativamente reciente el Tribunal Supremo ha modificado su doctrina sobre este particular, validando dicha posibilidad⁸⁴⁴. Mientras que, por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado repetidamente sobre el valor probatorio de las sentencias dictadas en procesos distintos desde la concreta perspectiva de la eventual contradicción que pudiera existir entre sentencias de distintos órdenes jurisdiccionales con ocasión del enjuiciamiento de unos mismos hechos, cada una desde su perspectiva jurídica⁸⁴⁵.

j) Actas notariales.

Las actas notariales carecen de eficacia revisora de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, como tiene dicho la jurisprudencia, limitándose su función a dar testimonio sobre aquello que pueda haberse manifestado ante un fedatario público, por lo que su valor quedará limitado en cualquier caso a un valor testifical. Condicionado además a la premisa de que durante su práctica se hayan observado todas las garantías exigidas por la ley procesal, según re-

⁸⁴² STS de 11 de junio de 1990.

⁸⁴³ STSJ de Canarias/Las Palmas de 9 de noviembre de 2006 (rec. 310/2006).

⁸⁴⁴ STS (Sala General) de 5 de diciembre de 2007 (RCUD 1928/2004).

⁸⁴⁵ SSTC 21/2011, de 14 de marzo (rec. 2420/2007); y 33/2011, y de 28 de marzo (rec. 6171/2004).

fiere el artículo 360 de la LEC⁸⁴⁶. De esta forma, el valor probatorio de las actas notariales se corresponde con el de una testifical documentada, en cuya realización no ha concurrido ni el principio de contradicción ni las demás garantías inherentes a las pruebas testificales practicadas en el ámbito del proceso judicial⁸⁴⁷.

k) Informes de detectives.

Finalmente, por lo que se refiere a los informes de detectives, tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial han desestimado su virtualidad a efectos de revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia⁸⁴⁸. Negativa consecuyente con su catalogación como prueba testifical impropia, en detrimento de su consideración como prueba documental⁸⁴⁹. Y ello, no obstante la fuerza de convicción que ostentan como prueba testifical, como ha afirmado la jurisprudencia, atendiendo a factores como su elaboración por personas en ejercicio de una profesión reglada legalmente, la atención continuada que se ha dedicado al objeto de su testimonio, o el acompañamiento que se hace de acreditaciones gráficas o sonoras para complementar dicho testimonio⁸⁵⁰.

2.3 Prueba pericial

En contraposición con las numerosas cuestiones que plantea la prueba documental sobre su viabilidad o no para revisar los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, como ha podido examinarse en los epígrafes anteriores, la prueba pericial presenta *a priori* bastantes menos márgenes para la discusión en este sentido, por más que también haya sido objeto de importantes aportaciones por parte de la jurisprudencia civil en relación con la materia concreta que nos concierne⁸⁵¹. Y ello, con independencia de las cuestiones que puedan surgir en relación con la configuración de la prueba pericial en

⁸⁴⁶ STS de 26 de mayo de 1987.

⁸⁴⁷ Ampliamente, en relación con la denominada prueba testifical documentada, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 251 ss.

⁸⁴⁸ STS de 17 de junio de 1996 (rec. 1611/1995); STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2001 (rec. 508/2001); STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de junio de 2012 (rec. 2535/2011); y STSJ de Galicia de 7 de marzo de 2005 (rec. 5719/2004).

⁸⁴⁹ STS de 15 de octubre de 2014 (RCUD 1654/2013).

⁸⁵⁰ SSTS de 6 de noviembre de 1990; y de 17 de junio de 1996 (rec. 1611/1995).

⁸⁵¹ Para un estudio extenso sobre la prueba pericial y el recurso de suplicación, en el contexto de la materia que analizamos, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 353 ss.

el acto del juicio. Como posición de principio, la prueba pericial resulta hábil para instar la revisión de los declarados probados en la sentencia de instancia⁸⁵². En este sentido, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo ha subrayado la imposibilidad de catalogar el dictamen pericial como documento, en pura técnica procesal. Y ello, aunque su representación pueda tener lugar en soporte gráfico, de manera que cabría catalogarla como prueba documentada, mas no como prueba documental o documento. Diferenciación que corrobora asimismo la regulación diferenciada de las mismas en el ámbito procesal, configuradas ambas, documento y pericia, como dos pruebas distintas⁸⁵³.

Con independencia de esta cuestión, en relación con la funcionalidad específica que analizamos de la prueba pericial, de cara a su virtualidad revisora de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, la dificultad mayor que encierra su invocación a esos concretos efectos es la libre apreciación de su práctica por el juez de instancia, de modo que esa valoración del juzgador solo podrá desvirtuarse si resulta contraria en sus conclusiones con la racionalidad, además de suponer una conculcación de las reglas de la lógica⁸⁵⁴. Valoración de la prueba pericial cuyo estudio ha sistematizado la doctrina considerando las referencias que otorgan las reglas de la sana crítica, en primer lugar, seguido de las cuestiones atinentes a la propia credibilidad de la prueba pericial, en segundo lugar⁸⁵⁵. Sea como fuere, la propia doctrina ha significado la especial virtualidad que deriva de la posibilidad de revisar los hechos probados con fundamento en la prueba pericial, específicamente en materia de Seguridad Social, con esa proliferación de dictámenes médicos contradictorios⁸⁵⁶.

2.4 Mecanismos excepcionales de revisión de hechos probados

En los epígrafes anteriores se han analizado las distintas hipótesis que pueden acontecer en relación con una hipotética pretensión del recurrente legitimado para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de ins-

⁸⁵² En este sentido, ampliamente, sobre la revisión fáctica suplicacional sustentada en la prueba pericial, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 393 ss.

⁸⁵³ SSTS –Civil– de 9 de febrero de 2000 (rec. 1403/1995); de 2 de abril de 1986; de 2 de octubre de 1987; de 19 de noviembre de 1987; de 29 de febrero de 1988; y de 10 de junio de 1992 (rec. 912/1990).

⁸⁵⁴ SSTS –Civil– de 25 de enero de 2000 (rec. 1372/1995); y de 9 de febrero de 2000 (rec. 1403/1995).

⁸⁵⁵ A este respecto, ampliamente, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 371 ss.

⁸⁵⁶ En este sentido, véase MONTOYA MELGAR, A. y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, cit., pp. 348-349.

tancia, con las referencias específicas de las pruebas documentales y las pruebas periciales practicadas, con observancia de lo dispuesto en la norma legal. No obstante, además de lo ya visto, existen también algunos mecanismos excepcionales para la revisión de los hechos probados, con origen en motivaciones diversas, pero cuya consecuencia común consiste en la atribución a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de competencias más amplias para la configuración de una determinada realidad fáctica.

Una excepcionalidad que requiere restringir, con buena lógica, esas posibilidades extensivas en la actuación del Tribunal a concretos supuestos y estrechos márgenes de actuación, de manera que el conjunto de mecanismos excepcionales para la revisión de hechos probados no suponga una desvirtuación del régimen general dispuesto para la revisión de hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, donde predominan en general, como ha tenido ocasión de comprobarse, criterios de elevada exigencia para posibilitar en su caso semejante revisión. En este sentido, dicha ampliación comentada de competencias tiene una primera manifestación en la facultad del Tribunal para examinar la totalidad de alegaciones y material probatorio, sin ninguna restricción reseñable, cuando se trate de resolver cualesquiera excepciones procesales planteadas en materia de ausencia de jurisdicción o falta de competencia material, funcional o territorial. La justificación para ello radica, precisamente, en su catalogación común como cuestiones de orden público procesal.

El siguiente ámbito donde se admite esa posibilidad de dar entrada a mecanismos excepcionales para la revisión de hechos probados se traduce en la facultad de complementar los hechos que figuran en la sentencia de instancia, a partir de dos actuaciones posibles. Primero, mediante la posibilidad de acoger aquellos hechos que sean conformes, reputando como tales los que han sido admitidos de manera expresa por todas las partes a quienes pudieran perjudicar, pero sin posibilidad de utilizar a estos efectos los hechos que resulten de admisiones tácitas o la *facta confessio*. Cautela, esta última, plenamente razonable, como prevención impeditiva ante cualquier intención de utilizar semejante mecanismo para distorsionar el relato de hechos probados en la sentencia de instancia. Y, en segundo lugar, permitiendo la inclusión de aquellos hechos que puedan resultar a partir de una lectura integradora del contenido de las actuaciones, siempre dentro de los márgenes permitidos a esos efectos que analizamos, esto es, limitando su funcionalidad dentro de ese régimen de complementariedad.

Para concluir, el siguiente ámbito donde materializar esos mecanismos excepcionales de revisión de hechos probados tiene lugar con la facultad del

Tribunal para corregir cualquier error material, mecanográfico o aritmético que figure en los hechos probados, haciendo buena la previsión contenida en el artículo 267 de la LOPJ, en relación con la posibilidad de subsanar en cualquier momento los distintos elementos enumerados. Advertido, no obstante, que no estamos aquí propiamente ante un motivo de revisión de hechos, en tanto que esos errores de carácter material, mecanográfico o aritmético no constituyen un error en la valoración de la prueba.

Las distintas expresiones enumeradas como mecanismos excepcionales de revisión de hechos probados suponen, como se ha visto, una ampliación tasada de las facultades del Tribunal en relación con los hechos probados en la sentencia de instancia, bien que siempre sin abandonar esa lógica de la complementariedad. Circunstancia que puede aprovecharse por el recurrente legitimado para solicitar en el recurso de suplicación que el Tribunal lleve a cabo semejante actuación. Posibilidad ésta que debe limitarse, no obstante, al estricto margen que tiene, impidiendo cualquier tentación del recurrente para trasladar al Tribunal una responsabilidad que no le pertenece, siempre dentro del contexto de la materia que analizamos, en relación con la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

Cuestión distinta sería lo relacionado con la revisión indirecta de los hechos probados, cuya eventualidad tendría lugar en el supuesto de instar una pretensión de denuncia jurídica, con la referencia puesta en el artículo 193.c) de la LRJS, de manera que una hipotética apreciación de esa infracción legal pudiera conllevar, en su caso también, la necesidad de revisar el hecho probado donde se sustente. Revisión limitada, no obstante, a la parte del hecho probado afectado que tenga una conexión directa con esa infracción legal alegada por el recurrente y admitida después por el Tribunal.

3. EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIA

El recurso de casación ordinaria aparece caracterizado como un recurso extraordinario⁸⁵⁷. Configuración que tiene una doble consecuencia. En primer

⁸⁵⁷ Sobre la configuración general del recurso de casación, mediante una sistemática que distingue entre los elementos subjetivos, las resoluciones recurribles y los motivos del recurso, véase GOERLICH PESET, J. M., «Tercera Parte. Los medios de impugnación», cit., pp. 457 ss. También, alrededor del concepto y naturaleza de este recurso, véase SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «23. El recurso de casación ordinaria», cit., pp. 699 ss.

lugar, los motivos para su interposición están legalmente tasados. Y, en segundo lugar, las resoluciones recurribles aparecen dispuestas en la normativa procesal de manera cerrada. Con estas premisas, el tribunal *ad quem* únicamente puede conocer de las infracciones legales que hayan sido alegadas y acreditadas debidamente por la parte recurrente, sin posibilidad de examinar otras cuestiones diferentes que no hayan sido objeto de alegación por el recurrente. Al margen claro de las materias de orden público procesal o de derecho necesario que puedan suscitarse de oficio, como tiene dicho la jurisprudencia⁸⁵⁸, en alusión a la litispendencia o la cosa juzgada, para el caso de que se deduzcan claramente de los datos que obran en el proceso⁸⁵⁹. Del mismo modo que el recurso de casación ordinaria ostenta asimismo la condición de recurso devolutivo, por lo que el órgano que conoce de la impugnación es distinto y superior de aquel que ha dictado la sentencia o resolución impugnadas.

Regulación del recurso de casación ordinaria que contienen los artículos 205 a 217 de la LRJS, por más que rija también aquí el carácter supletorio de la LEC en relación con aquellos aspectos que no estén expresamente previstos en el Texto procesal laboral, y en todo aquello que no suponga una contradicción con este último. De toda esa regulación, por nuestro tema de estudio, nos interesa entrar directamente en los motivos del recurso de casación, que regula el artículo 207 de la LRJS⁸⁶⁰. Y, dentro de los mismos, el que hace referencia al error en la apreciación de la prueba, como cauce hábil para combatir eventualmente la valoración efectuada por la Sala de instancia acerca de la prueba documental practicada⁸⁶¹. Motivo éste asociado tradicionalmente a una notable problemática dentro del ámbito de la casación, explicable en buena parte por su potencialidad ampliatoria respecto del perfil original histórico que ha caracterizado el recurso, latente el peligro de convertir al Tribunal Supremo en una nueva instancia jurisdiccional, en contra de la voluntad del legislador y la propia ontología del recurso⁸⁶².

⁸⁵⁸ STS de 19 de febrero de 2008 (rec. 46/2007).

⁸⁵⁹ STS de 10 de mayo de 2016 (rec. 49/2015).

⁸⁶⁰ Para un comentario extenso sobre los motivos del recurso de casación que regula el artículo 207 de la LRJS, véase PALOMO BALDA, E., «Artículo 207. Motivos del recurso de casación», VV. AA., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, J. R. Mercader Uguina (Dir.), *Tratados la Ley*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pp. 1356 ss.; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «23. El recurso de casación ordinaria», cit., pp. 703 ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y otros, *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*, 4.^a edic., J. L. Monereo Pérez (Dir.), Tecnos, Madrid, 2014, pp. 469 ss.

⁸⁶¹ Para un estudio exhaustivo acerca de este concreto motivo de casación, que regula el artículo 207.d) de la LRJS, véase PALOMO BALDA, E., «Artículo 207. Motivos del recurso de casación», cit. pp. 1369 ss.

⁸⁶² En este sentido, véase MONTROYA MELGAR, A., y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, cit., p. 425.

De nuevo, debe traerse a colación aquí su configuración como recurso devolutivo de carácter extraordinario, lo que conlleva que únicamente resulte posible su interposición contra las resoluciones que la ley enumera y por los motivos tasados legalmente, entre los que se incluye, como se ha adelantado ya, el error en la apreciación de la prueba. Una caracterización que impide suscitar cuestiones nuevas que no hayan sido debatidas en la instancia. Si bien, en sentido estricto, no se considera cuestión nueva la incorporación de un aspecto distinto en el debate o la invocación de una norma que no ha sido alegada en la instancia.

Con la atención puesta específicamente sobre el error en la apreciación de la prueba, que regula el artículo 207.d) de la LRJS, la jurisprudencia ha ido incorporando distintos criterios relevantes sobre esta concreta materia. Por ejemplo, a la hora de precisar el objeto que se corresponde con este motivo, corrigiendo eventuales contradicciones entre los hechos declarados probados por la sentencia impugnada y aquellos otros que puedan deducirse de las pruebas documentales incorporadas a los autos⁸⁶³. A estos efectos, conviene precisar no obstante, que el objeto del recurso no consiste en aportar hechos nuevos al proceso, sino examinar los que fueron aportados por las partes en el momento procesal oportuno, que merecieron la correspondiente valoración en la sentencia de instancia.

Del mismo modo, no se permite la invocación de este motivo de casación ordinaria para incorporar datos meramente anecdóticos que no fueron mencionados con la formulación de la demanda⁸⁶⁴. Ni resulta idóneo tampoco para solicitar la modificación de los antecedentes procesales de la sentencia recurrida⁸⁶⁵. De igual forma que únicamente son susceptibles de modificación aquellos hechos que hayan resultado controvertidos en el proceso de instancia⁸⁶⁶. Una exclusión que alcanza también a los denominados «hechos negativos», cuya inclusión en el relato de hechos probados de la sentencia no resulta procesalmente correcta bajo cualesquiera de sus variantes posibles⁸⁶⁷. Cuando, además, el error de hecho en el marco del recurso de casación exige una verificación directa e indubitada, como ha subrayado la jurisprudencia, ajeno por

⁸⁶³ SSTS de 5 de julio de 1999 (rec. 3924/1998); y de 21 de febrero de 2012 (rec. 99/2011).

⁸⁶⁴ STS de 8 de marzo de 2004 (rec. 114/2003).

⁸⁶⁵ STS de 12 de mayo de 2003 (rec. 360/2001).

⁸⁶⁶ En este sentido, véase PALOMO BALDA, E., «Artículo 207. Motivos del recurso de casación», cit. pp. 1370-1371.

⁸⁶⁷ SSTS de 16 de octubre de 2013 (RCUD 101/2012); de 20 de septiembre de 2013 (rec. 61/2010); de 18 de enero de 2011 (rec. 98/2009); de 8 de julio de 2010 (rec. 215/2009); y de 15 de junio de 2010 (rec. 179/2009). También, sobre la distinción entre hechos positivos y hechos negativos, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 140 ss.

tanto a las meras suposiciones o conjeturas de la parte recurrente⁸⁶⁸. A cuyos efectos resulta indiferente, no obstante, la ubicación que tengan los hechos en la sentencia impugnada, aun cuando figuren de manera irregular en la fundamentación jurídica de la misma⁸⁶⁹.

Como se ha visto, la exigencia de rigurosidad resultaba predicable igualmente para los supuestos de revisión de hechos probados en el contexto del recurso de suplicación, de manera que el rigor exigido para su hipotética estimación constituye una afirmación válida para ambos recursos, de suplicación y de casación ordinaria, respectivamente. Donde sí existe diferencia entre ellos es que el motivo de casación fundado en el error en la apreciación de la prueba [art. 207.d) de la LRJS] puede sustentarse solo en las pruebas documentales existentes, pero no en pruebas testificales⁸⁷⁰ o periciales⁸⁷¹, salvo que estas últimas tengan incidencia para la comprensión del propio contenido de los documentos sobre los que la parte sustenta las modificaciones propuestas⁸⁷². Exclusión que alcanza asimismo a las grabaciones de audio y de vídeo⁸⁷³. Por contraste con lo que acontece en el recurso de suplicación, donde la virtualidad de la prueba pericial para la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia aparece reconocida expresamente [art. 193.b) de la LRJS].

La fundamentación del error en la apreciación de la prueba que regula el artículo 207.d) de la LRJS, con esa proyección exclusiva sobre la prueba documental, ha llevado a negar valor revisor, por carecer de valor como prueba documental –y sí únicamente como pericial–, a efectos de sustentar ese concreto motivo de casación, respecto de informes técnicos cuya plasmación en un documento no alcanza virtualidad para modificar su cualidad, de prueba pericial a prueba documental⁸⁷⁴. De igual modo que carecen asimismo de valor revisor, como ha declarado la jurisprudencia, la aportación de unas manifestaciones escritas⁸⁷⁵, ni el escrito de demanda⁸⁷⁶, ni las manifestaciones efectuadas en la vista oral por uno de los litigantes⁸⁷⁷. Igualmente, el contenido

⁸⁶⁸ SSTS de 21 de febrero de 2012 (rec. 99/2011); de 28 de marzo de 2012 (rec. 119/2010); y de 10 de mayo de 2016 (rec. 49/2015).

⁸⁶⁹ SSTS de 12 de julio de 2005 (rec. 120/2004); y de 15 de septiembre de 2006 (rec. 136/2005).

⁸⁷⁰ SSTS de 30 de abril de 2014 (rec. 213/2013); de 15 de octubre de 2014 (RCUD 4632/2014); de 18 de junio de 2013 (rec. 108/2012); de 29 de abril de 2013 (rec. 62/2012); de 16 de abril de 2013 (rec. 257/2011); y de 22 de mayo de 2012 (rec. 121/2011).

⁸⁷¹ SSTS de 3 de abril de 1998 (rec. 3812/1997); y de 19 de febrero de 2014 (rec. 60/2013).

⁸⁷² SSTS de 6 de julio de 2016 (rec. 155/2015); y de 20 de diciembre de 2017 (rec. 270/2016).

⁸⁷³ SSTS de 16 de junio de 2011 (RCUD. 3983/2010); y de 26 de noviembre de 2012 (RCUD 786/2012).

⁸⁷⁴ SSTS de 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/2013); y de 22 de mayo de 2006 (rec. 79/2005).

⁸⁷⁵ STS de 18 de noviembre de 2015 (rec. 19/2015).

⁸⁷⁶ STS de 24 de enero de 1996 (rec. 629/1995).

⁸⁷⁷ STS de 18 de diciembre de 2012 (rec. 18/2012).

del documento de que se trate no servirá tampoco para estimar el motivo de casación que regula el artículo 207.d) de la LRJS, sobre esa base del error en la apreciación de la prueba, cuando por aplicación del principio de valoración conjunta de la prueba, el conjunto de las propuestas, admitidas y practicadas desmientan el contenido de ese documento. Supuestos, todos los enumerados, que acreditan así el alto grado de exigencia y requerimientos demandados por parte del Tribunal Supremo, con las dificultades consiguientes que ello conlleva para su estimación en la práctica.

Por lo demás, dentro de los motivos de casación que regula el artículo 207 de la LRJS, debe establecerse una separación nítida entre el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba [art. 207.d) de la LRJS], de un lado; y el que hace referencia a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia [art. 207.e) de la LRJS], de otro lado. Separación entre hecho y derecho a efectos del recurso de casación que ha reafirmado la jurisprudencia bajo distintas fórmulas, rechazando la posibilidad de su invocación indistinta⁸⁷⁸; de igual modo que no pueden tampoco entremezclarse denuncias acumulativas sobre cuestiones de hecho y de derecho⁸⁷⁹; o proponer revisiones de carácter fáctico que comportan, en verdad, valoraciones o calificaciones jurídicas⁸⁸⁰. Distinción entre el contenido propio de los hechos probados y el de los fundamentos de derecho que ha merecido asimismo la atención de la doctrina⁸⁸¹.

De manera que, por ejemplo, en materia de impugnación de convenio colectivo, la objeción sobre una determinada interpretación del texto convencional a cargo del tribunal *a quo* debería encauzarse como motivo de revisión jurídica, mas no como error en la apreciación de la prueba⁸⁸². Conclusión lógica si se repara en que los convenios colectivos estatutarios no son medios de prueba sino normas jurídicas⁸⁸³. Resultado similar al predicable respecto de las órdenes e instrucciones administrativas⁸⁸⁴. No resultando válida igualmen-

⁸⁷⁸ STS de 30 de enero de 2003 (rec. 1266/2001).

⁸⁷⁹ STS de 13 de diciembre de 2010 (rec. 20/2010).

⁸⁸⁰ SSTs de 20 de julio de 2012 (rec. 43/2011); de 8 de julio de 2009 (rec. 173/2007); de 20 de julio de 2007 (rec. 76/2006); y de 6 de julio de 2016 (rec. 155/2015). Sobre las valoraciones jurídicas, en el marco de esa distinción entre el contenido propio de los hechos probados y aquel que hace referencia a los fundamentos de derecho, contextualizado en la revisión de hechos dentro del recurso de suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 168-169.

⁸⁸¹ En este sentido, para un examen exhaustivo de esa distinción entre el contenido propio de los hechos probados y el de los fundamentos de derecho, bien que con la referencia puesta en la revisión de hechos en el recurso de suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 148 ss.

⁸⁸² STS de 11 de mayo de 2000 (rec. 2559/1999).

⁸⁸³ SSTs de 18 de enero de 2007 (rec. 123/2005); y de 18 de septiembre de 1997 (rec. 2614/1996).

⁸⁸⁴ SSTs de 30 de septiembre de 2005 (rec. 218/2004); y de 13 de julio de 2006 (rec. 101/2005).

te la utilización del motivo de casación sobre el error en la apreciación de la prueba para incorporar al debate posibles incoherencias en la fundamentación jurídica de una sentencia⁸⁸⁵. Cosa distinta es, claro, que la estimación del motivo fundamentado en el error en la apreciación de la prueba, cuando corresponda, condicione luego una solución jurídica diferente respecto de la materia controvertida.

Sin perder la referencia de las premisas y cautelas mencionadas, la estimación del recurso de casación ordinaria con motivo del error en la apreciación de la prueba [art. 207.d) de la LRJS], como ha subrayado la jurisprudencia⁸⁸⁶, requiere la observancia de una serie requisitos: a) La identificación precisa por la parte del hecho cuestionado y la modificación que solicita en relación con el mismo (adición, rectificación, supresión...) ⁸⁸⁷; b) Que el error en la apreciación de la prueba traiga su causa de manera clara, directa y patente de documentos públicos o privados que obren en los autos ⁸⁸⁸; c) Que el documento concernido tenga fuerza probatoria suficiente por sí mismo para acreditar el error del juzgador, sin posibilidad de proceder a una nueva valoración de la prueba, y al margen de deducciones, conjeturas y cualesquiera otras interpretaciones subjetivas ⁸⁸⁹; d) Identificación precisa por la parte, dentro del contenido del documento, del elemento específico acreditativo del error, sin que baste a estos efectos limitarse a manifestar la discrepancia con los hechos probados ⁸⁹⁰; e) Que lo acreditado por los documentos elegidos no venga desmentido por otros elementos probatorios ⁸⁹¹; f) El ofrecimiento por la parte, con la base que otorga el documento concernido, de un texto alternativo concreto para su inserción en el relato de hechos probados de la sentencia en sustitución del hecho discutido bajo esa alegación del error en la apreciación de la prueba ⁸⁹²; g) Que la modificación fáctica propuesta resulte trascendente para el sentido y el contenido del fallo, justificando así la utilidad de la modifica-

⁸⁸⁵ STS de 26 de enero de 2005 (rec. 35/2003).

⁸⁸⁶ SSTS de 23 de enero de 2012 (rec. 87/2011); de 9 de diciembre de 2013 (rec. 31/2013); de 6 de julio de 2016 (rec. 155/2015); y de 28 de marzo de 2017 (rec. 77/2016).

⁸⁸⁷ SSTS de 12 de junio de 2013 (rec. 103/2012); y de 25 de febrero de 2014 (rec. 138/2013).

⁸⁸⁸ SSTS de 16 de septiembre de 2013 (rec. 75/2012); de 16 de julio de 2013 (rec. 4/2013); de 3 de julio de 2013 (rec. 88/2012); de 18 de junio de 2013 (rec. 99/2012); de 12 de febrero de 2013 (rec. 254/2012); y de 26 de octubre de 2009 (rec. 117/2008). Ampliamente, sobre la caracterización respectiva de los documentos públicos y privados en relación con la materia que se analiza, bien que con la referencia del recurso de suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 271 ss.

⁸⁸⁹ SSTS de 18 de junio de 2013 (rec. 99/2012); y de 6 de junio de 2012 (rec. 166/2011).

⁸⁹⁰ SSTS de 6 de febrero de 2013 (rec. 1/2012); de 6 de marzo de 2012 (rec. 11/2011); de 8 de febrero de 2010 (rec. 107/2009); de 25 de junio de 2009 (rec. 126/2008); y de 3 de mayo de 2001 (rec. 1434/2000).

⁸⁹¹ SSTS de 3 de julio de 2013 (rec. 279/2011); y de 29 de abril de 2013 (rec. 62/2012).

⁸⁹² SSTS de 28 de junio de 2018 (rec. 141/2017); y de 20 de diciembre de 2017 (rec. 270/2016).

ción pretendida, de manera que la ausencia de semejante virtualidad, aun apreciándose la concurrencia del error en la apreciación de la prueba, no daría lugar a la estimación de este motivo de casación⁸⁹³.

Condicionantes, vinculados ahora con el recurso de casación mediante ese motivo del error en la apreciación de la prueba [art. 207.d) de la LRJS], que confirman, como se ha adelantado, el rigor del legislador en la regulación de la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, con ocasión del recurso de suplicación [art. 193.b) de la LRJS]. No en vano, la doctrina ha afirmado cómo, por encima de las diferencias significativas de redacción entre ambos preceptos, la interpretación del artículo 193.b) de la LRJS tiende a conformarse a los criterios establecidos en el artículo 207.d) de la LRJS⁸⁹⁴.

Requisitos que continúan, además, siendo objeto de aplicación e interpretación por parte de la jurisprudencia, al hilo de las distintas controversias suscitadas. Por ejemplo, validando la revisión fáctica cuando refuerza los argumentos del sentido del fallo⁸⁹⁵; cuando desmiente la apreciación del error en la valoración de la prueba sustentado en el texto de un convenio colectivo que no figura en el ramo de prueba, ni como documento acompañado a la demanda, ni con ningún otro documento obrante en las actuaciones⁸⁹⁶; rechazando la apreciación del error en la valoración de la prueba cuando se pretende mediante su invocación entrar en una cuestión perteneciente al ámbito de valoración de la prueba que corresponde al juzgador⁸⁹⁷; negando el error en la apreciación de la prueba como motivo del recurso de casación cuando se quiere utilizar para desmentir la argumentación jurídica que contiene la demanda, acogida después por la sentencia recurrida⁸⁹⁸; o desestimando la revisión fáctica solicitada por basarse en el mismo documento acogido por la sentencia recurrida para sustentar sus conclusiones, a salvo que se demuestre la existencia de error palmario⁸⁹⁹.

Por lo demás, como se ha señalado con anterioridad, el motivo del recurso de casación sustentado en el error en la apreciación de la prueba, que regula

⁸⁹³ SSTS de 17 de marzo de 2016 (rec. 178/2015); de 13 de abril de 2016 (97/2015); de 5 de junio de 2013 (rec. 2/2012); de 28 de mayo de 2013 (rec. 5/2012); de 21 de mayo de 2013 (rec. 53/2012); de 6 de febrero de 2012 (rec. 1/2012); y de 25 de octubre de 2002 (rec. 51/2002).

⁸⁹⁴ En este sentido, véase GOERLICH PESET, J. M., «Tercera Parte. Los medios de impugnación», cit., p. 421.

⁸⁹⁵ STS de 26 de junio de 2012 (RCUD 19/2011).

⁸⁹⁶ STS de 15 de octubre de 2007 (rec. 26/2007).

⁸⁹⁷ STS de 12 de mayo de 2008 (rec. 81/2007).

⁸⁹⁸ STS de 12 de mayo de 2008 (rec. 81/2007).

⁸⁹⁹ STS de 17 de marzo de 2016 (rec. 178/2015).

el artículo 207.d) de la LRJS, se configura mediante la sola invocación a la prueba documental. Por contraposición con la regulación del motivo de suplicación basado en la revisión de hechos declarados probados, que contiene el artículo 193.b) del mismo Texto legal, con inclusión de una admisión explícita de las pruebas documentales y periciales practicadas. Distinción que, en cualquier caso, no desdice el protagonismo que asume en los dos ámbitos la prueba documental.

Así lo acreditan, en efecto, las cuestiones suscitadas alrededor de la misma dentro del recurso de suplicación, con un resultado desigual como se ha visto, en alusión a las declaraciones extrajudiciales documentadas, los medios de reproducción de imagen y sonido, las fotografías, las fotocopias, el expediente disciplinario previo abierto al trabajador sancionado por la empresa, los elementos probatorios necesitados para su interpretación de conocimientos técnicos, las demandas e instructas, las actas del juicio oral, las sentencias dictadas en otros procesos, las actas notariales o el informe de detectives, por citar los supuestos más significativos. Un protagonismo del documento como base para la interposición del recurso con invocación del motivo referido que, como no podía ser de otra manera, se corrobora igualmente en el ámbito del recurso de casación ordinaria. Y ello, por más que, como ha subrayado la doctrina, la legislación procesal laboral no contenga un concepto de documento dotado de virtualidad revisora de los hechos probados en casación⁹⁰⁰.

Concepto que tampoco resulta posible extraer en puridad de la jurisprudencia, por más que esa trascendencia del documento se refrenda asimismo con numerosas aportaciones jurisprudenciales. Por ejemplo, cuando se razona acerca del carácter estricto del término «documento», en referencia solo a aquellos aportados como medios de prueba durante el proceso, con necesidad de que obre en autos, con virtualidad para evidenciar de manera clara, directa y patente el error del juzgador, siempre y cuando además no resulte contradictorio con el resto de las pruebas a las que el propio órgano judicial ha concedido un mayor valor probatorio⁹⁰¹; cuando se rechaza la condición como documento del acta de juicio a efectos de la interposición del recurso de casación, cuyo objeto se limita únicamente a dejar constancia de las distintas alegaciones y pruebas practicadas durante el proceso⁹⁰². Argumentos, los anteriores, extensibles seguramente también respecto del documento electrónico o en relación con el acta extendida a través de medios informáticos, aun cuando se-

⁹⁰⁰ En este sentido, véase PALOMO BALDA, E., «Artículo 207. Motivos del recurso de casación», cit. pp. 1373-1374.

⁹⁰¹ STS de 6 de julio de 2016 (rec. 155/2015).

⁹⁰² SSTS de 13 de marzo de 2003 (rec. 1282/2001); y 23 de diciembre de 1994 (rec. 1492/1993).

mejantes aseveraciones no cuenten todavía con el oportuno refrendo jurisprudencial en torno a esta específica cuestión ⁹⁰³.

Carácter de documento que cabe rechazar asimismo respecto de una resolución recaída durante el transcurso del proceso, lo mismo que las actas de la Inspección de Trabajo ⁹⁰⁴ o la comunicación enviada por la Autoridad Laboral con la finalidad de iniciar el proceso de conflicto colectivo ⁹⁰⁵. De igual forma que resultan excluidas también el interrogatorio de las partes ⁹⁰⁶, el acta levantada con ocasión del reconocimiento judicial, los informes de detectives privados ⁹⁰⁷, o los informes y actas de las comisiones paritarias de los convenios colectivos ⁹⁰⁸. Advertido además que el cauce abierto por el artículo 207.d) de la LRJS permite únicamente una incorporación plena del dato que se dice omitido en la versión judicial de los hechos, tanto en los aspectos favorables como desfavorables para la tesis defendida con el recurso, ya que de otro modo se produciría un alejamiento de las bases fácticas de la realidad, con un resultado no querido para el derecho ⁹⁰⁹.

Exclusiones y condicionantes todos que refrendan, en definitiva, una configuración estricta del documento como motivo para sustentar en su caso un recurso de casación ordinaria. Circunstancia que ha llevado a algún representante de la doctrina a criticar el tratamiento normativo dado por el artículo 207.d) de la LRJS, con el argumento de que su regulación minimiza la eficacia revisora del documento, al tiempo que ensalza las competencias del órgano *a quo* respecto a la valoración conjunta de la prueba, con lo que ello supone en términos de obstaculizar al máximo la apertura de la casación por error en la apreciación de la prueba documental ⁹¹⁰. Sea como fuere, con carácter general, debe subrayarse cómo la jurisprudencia emanada con ocasión del recurso de casación ordinaria, sobre cuestiones vinculadas con el error de hecho en la apreciación de la prueba [art. 207.d) de la LRJS], resulta extensible asimismo en relación con la revisión de los hechos declarados probados con ocasión del recurso de suplicación [art. 193.b) de la LRJS].

⁹⁰³ En relación con los medios audiovisuales y soportes electrónicos, bien que con la referencia puesta en el contexto del recurso de suplicación, véase MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, cit., pp. 230 ss.

⁹⁰⁴ SSTS de 10 de julio de 1995 (rec. 919/1995); y de 31 de mayo de 1995 (rec. 1677/1994).

⁹⁰⁵ STS de 23 de abril de 1994 (rec. 1905/1993).

⁹⁰⁶ SSTS de 25 de febrero de 2014 (rec. 138/2013); de 18 de junio de 2013 (rec. 99/2012); y de 23 de mayo de 2000 (rec. 948/1999); y de 7 de marzo de 1991.

⁹⁰⁷ STS de 3 de abril de 1998 (rec. 3812/1997).

⁹⁰⁸ STS de 6 de marzo de 2000 (rec. 1217/1999).

⁹⁰⁹ SSTS de 12 de noviembre de 1996 (rec. 295/1996); y de 21 de octubre de 1996 (rec. 656/1996).

⁹¹⁰ A este respecto, siguiendo a Campos Alonso, véase MONTROYA MELGAR, A., y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, cit., pp. 427-428.

4. EL LIMITADO ESPACIO PARA LAS CUESTIONES VINCULADAS CON LA REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Por contraposición con lo examinado en los ámbitos respectivos del recurso de suplicación y el recurso de casación ordinaria, donde las cuestiones vinculadas con la revisión de los hechos probados [art. 193.b) de la LRJS] o el error de hecho en la apreciación de la prueba [art. 207.d) de la LRJS] ostentan una significación importante, la LRJS no incluye sin embargo, entre la regulación que dedica al recurso de casación para la unificación de doctrina (artículos 218 a 228 de la LRJS), una previsión específica para sustentar dicho recurso con esa referencia precisa de la revisión de hechos probados⁹¹¹. Lo cual no significa, como se verá a continuación, que las cuestiones vinculadas con los hechos probados carezcan de trascendencia alguna en el ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Como posición de principio, debe señalarse que el acceso a la casación para la unificación de doctrina sobre cuestiones vinculadas con la revisión de hechos, de la prueba o de su valoración, se encuentra vedado, como tiene reconocido la jurisprudencia⁹¹². En efecto, el propio significado y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina impide la revisión en el mismo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, ni puede descender tampoco al examen del error en la valoración de la prueba sobre tales hechos efectuado por los órganos jurisdiccionales en las sentencias enfrentadas, ni puede entrar en la infracción de las normas que regulan esa operación⁹¹³. Por más que, en determinados casos, la frontera que separa la revisión del derecho y de los hechos probados, como evidencia la motivación del recurso, se presenta ciertamente difuminada.

⁹¹¹ Para una caracterización general del recurso de casación para la unificación de doctrina, véase GOERLICH PESET, J. M., «Tercera Parte. Los medios de impugnación», cit., pp. 465 ss.; DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», AA. VV., *Lecciones de Jurisdicción Social*, 2.^a edic., M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 741 ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., y otros, *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*, cit., pp. 481 ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., «El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica», *Colección Relaciones Laborales, La Ley-Actualidad*, Madrid, 1999, pp. 53 ss.

⁹¹² STS de 3 de junio de 2008 (RCUD 1405/2007); de 14 de marzo de 2001 (RCUD 2623/2000); de 7 de mayo de 2001 (RCUD 3962/1999); de 29 de junio de 2001 (RCUD 1886/2000); de 6 de marzo de 2002 (RCUD 2940/2001); de 30 de septiembre de 2002 (rec. 3828/2001); de 24 de abril de 2007 (RCUD 107/2006); de 29 de mayo de 2007 (RCUD 429/2006); y de 2 de febrero de 2010 (RCUD 2033/2009).

⁹¹³ SSTs de 26 de noviembre de 2013 (RCUD 2471/2012); y de 9 de julio de 1994 (RCUD 2976/1992).

Mientras que, para el supuesto de existir contraposición entre los datos que constan en los hechos probados y aquellos que figuran en los fundamentos de derecho, habrán de tenerse en cuenta prevalentemente los datos que aparezcan en el relato histórico⁹¹⁴. Resulta claro, entonces, que el error de hecho no es susceptible de fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina. Conclusión válida tanto para el caso de que la revisión se intente por la vía directa de la denuncia de un error de hecho, como si se hace de manera indirecta, como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia⁹¹⁵. Rechazo coherente con la propia finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, según se infiere de lo establecido en el artículo 219.1 de la LRJS, en alusión, coherente con su propia denominación, a unificar la doctrina «con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

Quebranto que, sin embargo, no tiene lugar cuando el órgano judicial parte de una apreciación diversa de los hechos que, con independencia de su acierto o menos, no cabe corregir a través de este recurso de casación para la unificación de doctrina⁹¹⁶. De este modo, la existencia de contradicción constituye precisamente el presupuesto del recurso de casación para la unificación de doctrina, cumplida esa premisa previa de la identidad sustancial entre los litigantes, los supuestos de hecho y las pretensiones debatidas, que sin embargo dan lugar a pronunciamientos diversos⁹¹⁷. A estos efectos, como ha eviden-

⁹¹⁴ STS de 15 de octubre de 2012 (RCUD 603/2012).

⁹¹⁵ SSTs de 9 de febrero de 1993 (rec. 1496/1992); de 24 de abril de 2007 (RCUD 107/2006); de 29 de mayo de 2007 (RCUD 429/2006); de 2 de julio de 2007 (RCUD 1251/2006); de 25 de septiembre de 2007 (rec. 3137/2006); de 5 de diciembre de 2007 (RCUD 1928/2004); de 17 de junio de 2008 (RCUD 67/2007); de 30 de junio de 2008 (RCUD 2639/2007); de 15 de diciembre de 2008 (RCUD 178/2008); de 29 de enero de 2009 (RCUD 476/2008); de 23 de febrero de 2009 (RCUD 3017/2007); y de 18 de enero de 2010 (rec. 81/2009).

⁹¹⁶ STS de 17 de diciembre de 1991.

⁹¹⁷ En relación con el presupuesto de la contradicción, dentro del contexto del recurso de casación para la unificación de doctrina, véase PALOMO BALDA, E., «Artículo 219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», VV. AA.: *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, J. R. Mercader Uguina (Dir.), Tratados la Ley, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pp. 1465-1466; FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M. y SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias)*, 3.ª edic., A. Juanes Peces (Coord.), Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016, pp. 524 ss.; GOERLICH PESET, J. M., «Tercera Parte. Los medios de impugnación», cit., pp. 469 ss.; DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», cit., pp. 745 ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y otros, *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*, cit.,

ciado la doctrina, el Tribunal Supremo viene realizando una estrecha vigilancia acerca de la concurrencia de esa contradicción, con lo que ello significa en términos de dificultar el acceso al recurso, por más que el Tribunal Constitucional haya validado la razonabilidad de esa interpretación estricta y su correspondiente ajuste a las exigencias que se derivan del artículo 24.1 de la CE⁹¹⁸.

De todas esas referencias, por el objeto de nuestro estudio, interesa detenemos en esa exigencia de igualdad sustancial de los hechos. Requisito de «identidad sustancial» que no significa por tanto identidad absoluta, de manera que los elementos a tener en cuenta para ese juicio de igualdad serán los relevantes a efectos decisorios o, en su caso, los que pudieran ser determinantes para la propia configuración de la controversia⁹¹⁹. No en vano este elemento constituye, precisamente, la condición más problemática para el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, considerando las numerosas situaciones de hecho que pueden ser objeto de regulación por una determinada norma, a lo que se suma además la necesaria conexión que debe trazarse entre el supuesto de hecho considerado y la aplicación e interpretación de las normas. Dificultad de extraer conclusiones generales sobre la identidad requerida, a los efectos que analizamos, que ha llevado a algún autor a afirmar que la doctrina contrastable, por lo general, requiere una «homogeneidad integral»⁹²⁰.

Por su parte, respecto a los hechos que deben tenerse en cuenta para verificar el cumplimiento de ese requisito específico relativo a la igualdad sustancial de los hechos entre las sentencias que son objeto de comparación, deben ser aquellos que consten en la declaración de hechos probados, como ha señalado la jurisprudencia⁹²¹. Sumados, en su caso también, a los hechos que consten con ese mismo carácter de hechos probados en la fundamentación jurídica de las sentencias concernidas⁹²², sin confundirlos en cualquier caso con los

pp. 482 ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica*, cit., pp. 138 ss.

⁹¹⁸ A este respecto, véase GOERLICH PESET, J. M., «Tercera Parte. Los medios de impugnación», cit., p. 470.

⁹¹⁹ SSTs de 19 de noviembre de 1999 (RCUD 1543/1997) y de 18 de abril de 2000 (RCUD 3065/1998).

⁹²⁰ En este sentido, véase MONTROYA MELGAR, A., y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, cit., pp. 453-454. Alrededor también de las cuestiones y problemática que plantea esa exigida identidad en los hechos, a los efectos que analizamos, véase DESDENTADO BONETE, A., «24. La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», cit., pp. 748-759.

⁹²¹ SSTs de 3 de diciembre de 2013 (RCUD 3049/2012); de 27 de noviembre de 2013 (RCUD 844/2013); de 26 de junio de 2007 (RCUD 2285/2016); de 27 de febrero de 2006 (RCUD 2015/2004); de 10 de mayo de 2005 (RCUD 6082/2003); y de 14 de junio de 1996 (RCUD 3137/1995).

⁹²² STS de 7 de febrero de 1992 (RCUD 16/1991).

juicios de valor o las calificaciones de los hechos, que no servirían a los efectos que analizamos ⁹²³.

Vinculado también directamente con la materia que nos concierne, para el supuesto de que las sentencias comparadas hubieran aceptado la revisión de hechos declarados probados en la sentencia precedente, los hechos que deben ser objeto de consideración a efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina son, precisamente, aquellos que hayan sido declarados probados por el tribunal *ad quem* tras la correspondiente revisión. Por su parte, para el supuesto de que algún hecho no constara expresamente en la relación de hechos probados, por considerarse intrascendente para el litigio, pero estuviera reconocida no obstante su certeza, la jurisprudencia ha aceptado su consideración como hecho probado en casación para la unificación de doctrina, por estimarlo trascendente para la adopción del pronunciamiento correspondiente ⁹²⁴. Mientras que, con un resultado contrario, han sido rechazados, a los efectos que analizamos, cualesquiera otras declaraciones que no consten en el apartado de hechos probados, respecto de los cuales no se ha solicitado su revisión, y cuyo resultado contradice además el relato de hechos probados ⁹²⁵.

De otro lado, bien que con un carácter de excepcionalidad, resulta posible en el trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina, la admisión de determinados documentos que no hayan podido incorporarse anteriormente al proceso por causas ajenas a la parte que los presenta. Aceptación que tendrá lugar, en su caso, de decidirlo así la Sala, oída también la parte contraria, mediante auto no susceptible de recurso. Si bien la admisión de tales documentos faculta a las partes para complementar sus escritos, respectivamente, de interposición o impugnación del recurso, atendida la previsión que contiene a este respecto el artículo 233 de la LRJS. Caso distinto sería la aportación de una sentencia penal firme, para el supuesto de que sus hechos probados supusieran una modificación de los hechos existentes, hipótesis que obligaría a declarar la nulidad de actuaciones, devolviéndolas al Juzgado de lo Social para el dictado de una nueva sentencia en consonancia con los nuevos hechos ⁹²⁶.

Contemporáneamente, la jurisprudencia ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre el requisito concreto de la identidad de hechos, en relación con el alcance de esa exigencia de igualdad sustancial entre los mismos, como condición necesaria para apreciar después la divergencia de pronunciamien-

⁹²³ STS de 24 de junio de 2011 (RCUD 3460/2010).

⁹²⁴ SSTS de 9 de noviembre de 1999 (RCUD 4754/1998); y de 28 de junio de 2006 (RCUD 428/2005).

⁹²⁵ STS de 26 de septiembre de 2017 (RCUD 2445/2015).

⁹²⁶ STS de 9 de mayo de 2011 (RCUD 2408/2008).

tos⁹²⁷. Presupuesto de igualdad sustancial de los hechos que, no obstante, puede admitir en determinados supuestos interpretaciones más flexibles, como aquellos vinculados con la contradicción *a fortiori*, donde la relativización de esa igualdad sustancial entre los hechos se compensa por el alcance distinto de las sentencias concernidas⁹²⁸. Del mismo modo que el condicionante de la identidad de hechos entre las sentencias elegidas (recurrida y de contraste) puede dificultar el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina en aquellas hipótesis donde el supuesto de aplicación de una determinada norma tiene un alcance muy genérico, susceptible de proyectarse sobre una multitud de supuestos. Paradójicamente, esa dificultad de acceso al recurso que analizamos se manifiesta también en aquellos supuestos donde sucede exactamente lo contrario, esto es, donde la especificidad inherente a materia controvertida condiciona una resolución necesariamente individualizada y casuista.

Dificultades, todas las enumeradas alrededor de ese requisito necesario en relación con la igualdad sustancial de los hechos, que dificultan sobremedida el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina respecto de un notable elenco de materias pertenecientes al Derecho del Trabajo, sin entrar ahora en las matizaciones propias inherente a cada una de las mismas, para justificar esta aseveración. Por ejemplo, en alusión a cuestiones como la valoración del despido disciplinario⁹²⁹, el despido objetivo y el despido colectivo⁹³⁰; el incumplimiento empresarial que legitima la extinción del contrato por voluntad del trabajador⁹³¹; la existencia de fraude de ley o abuso de derecho⁹³²; la existencia de un contrato de trabajo por cuenta ajena⁹³³; el valor liberatorio del finiquito⁹³⁴; en general, respecto al grado de situaciones de incapacidad

⁹²⁷ SSTS de 22 de enero de 2014 (RCUD 556/2013); de 9 de marzo de 2000 (RCUD 2642/1999); de 2 de junio de 2000 (RCUD 311/1999); y de 7 de marzo de 2001 (RCUD 3769/2000).

⁹²⁸ SSTS de 20 de abril de 2005 (RCUD 6701/2003); de 25 de octubre de 2005 (RCUD 1129/2004); de 4 de octubre de 2006 (rec. 1260/2005); de 26 de octubre de 2006 (RCUD 3532/2005); de 8 de febrero de 2007 (RCUD 5556/2005); de 4 de julio de 2007 (RCUD 2215/2006); de 26 de febrero de 2008 (RCUD 1607/2007); de 18 de julio de 2008 (RCUD 437/2007); de 22 de diciembre de 2008 (RCUD 3460/2006); de 27 de enero de 2009 (RCUD 1432/2007); y de 10 de noviembre de 2009 (RCUD 2514/2008).

⁹²⁹ SSTS de 15 de enero de 1997 (RCUD 952/1996); de 27 de marzo de 2000 (RCUD 2063/1999); de 9 de julio de 2004 (RCUD 3496/2002); y de 15 de enero de 2009 (rec. 2302/2007).

⁹³⁰ SSTS de 16 de enero de 2009 (RCUD 4165/2007); de 27 de abril de 2016 (RCUD 3173/2014); de 10 de febrero de 2016 (RCUD 624/2015); y de 16 de marzo de 2016 (RCUD 832/2015).

⁹³¹ SSTS de 13 de julio de 1998 (RCUD 3688/1997); de 22 de noviembre de 2000 (RCUD 1717/2000); y de 26 de junio de 2008 (RCUD 2196/2007).

⁹³² SSTS de 3 de marzo de 1998 (RCUD 3347/1997); de 11 de abril de 2000 (RCUD 3369/1998); y de 7 de diciembre de 2004 (RCUD 4400/2003).

⁹³³ SSTS de 14 de febrero de 2000 (RCUD 1538/1999); de 23 de mayo de 2001 (RCUD 1907/2000); de 6 de marzo de 2002 (RCUD 1367/2001); y de 18 de marzo de 2002 (RCUD 1015/2001).

⁹³⁴ SSTS de 30 de abril de 2002 (RCUD 2458/2001); de 20 de mayo de 2002 (RCUD 3015/2001); y de 17 de abril de 2018 (RCUD 2793/2016).

permanente⁹³⁵; incumplimientos empresariales en materia de seguridad y prevención de riesgos⁹³⁶; el reintegro de gastos médicos⁹³⁷; o los supuestos de cesión ilegal de trabajadores y contratas y subcontratas⁹³⁸.

En definitiva, como ha tenido ocasión de comprobarse, la inviabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina de cara a la pretensión de revisión de hechos probados, por contraste con lo que sucede con el recurso de suplicación [art. 193.b) de la LRJS], o para la invocación de error en la apreciación de la prueba, como acontece en el recurso de casación ordinaria [art. 207.d) de la LRJS], no excluye sin embargo, como acreditan el conjunto de cuestiones analizadas, la importancia singular que tienen también en este recurso de casación para la unificación de doctrina, las temáticas relacionadas con ese apartado fáctico.

5. VALORACIÓN CONCLUSIVA

En materia procesal, la utilización de una correcta técnica jurídica tiene la difícil misión de asegurar que los requisitos procesales dispuestos en relación con una determinada institución alcanzan el punto exacto superado el cual tendrían un efecto desincentivador de cara a una eventual iniciativa procesal del sujeto legitimado para ello. O expresado en otros términos, como es pauta común dentro de la lógica jurídica, una adecuada técnica procesal debe aspirar a situar correctamente los límites, garantizando a la parte legitimada interactuar dentro de la dinámica procesal en reivindicación del derecho que pudiera corresponderle, con observancia del principio de tutela judicial efectiva. Y, en paralelo impedir, o cuando menos desincentivar, cualquier hipotética actuación de parte guiada solo por un afán dilatorio u obstruccionista para el reconocimiento del derecho que corresponda a partir de la controversia suscitada.

En este orden de cosas, el estudio de las cuestiones procesales vinculadas con la revisión de hechos probados, desde todas esas variantes posibles que hemos analizado en los epígrafes precedentes, confirma de manera elocuente la dificultad que supone concretar el grado exacto de desarrollo que debe asu-

⁹³⁵ SSTS de 3 de marzo de 1998 (RCUD 3347/1997); de 18 de junio de 2001 (RCUD 1768/2000); de 11 de febrero de 2004 (RCUD 4390/2002); y STC 53/1996, de 27 de abril (rec. 3622/1994).

⁹³⁶ SSTS de 28 de septiembre de 1999 (RCUD 3354/1998); de 21 de febrero de 2002 (RCUD 2328/2001); y de 16 de diciembre de 2008 (RCUD 2644/2008).

⁹³⁷ SSTS de 26 de septiembre de 2001 (RCUD 736/2001); de 12 de diciembre de 2002 (RCUD 687/2001); y de 1 de junio de 2016 (RCUD 609/2015).

⁹³⁸ STS de 4 de marzo de 2008 (RCUD 1310/2007).

mir la norma en la regulación de dicha materia. Advertido además que, en ocasiones, como se ha comprobado también, la apuesta por un determinado nivel de concreción en la configuración normativa puede verse alterado después en su resultado final por el propio casuismo inherente a la realidad sobre la que se proyecta, con incorporación de numerosas pautas interpretativas a cargo de la doctrina judicial y la jurisprudencia, que a su vez pueden ser origen del planteamiento de nuevas y complejas disquisiciones.

A modo de reflexión de cierre, ése podría ser precisamente nuestro diagnóstico en relación con la temática analizada, ya sea con ocasión del análisis en sede de suplicación de las cuestiones vinculadas con la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas [art. 193.b) de la LRJS], ya sea mediante su réplica también en el recurso de casación ordinaria con el error de hecho en la apreciación de la prueba [art. 207.d) de la LRJS], ya sea considerando las cuestiones que plantean los hechos probados en el recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 219.1 de la LRJS).

En efecto, a nadie escapa que esa apertura legal, dando cobertura jurídica a la posibilidad de revisar hechos que fueron probados en una instancia anterior, complica sobremedida la labor del juzgador *ad quem*. Sin embargo, en paralelo, semejante opción resulta imprescindible para otorgar al recurso de que se trate toda su virtualidad potencial. Prevalentemente, por su relación con la materia analizada, suplicación o casación ordinaria. De manera que, aun con todas las deficiencias advertidas y sin obviar la compleja problemática que rodea la materia, como atestigua el intenso papel asumido por los órganos jurisdiccionales, complejidad acrecentada seguramente por el alto grado de casuismo existente, la posibilidad de dar entrada a esa revisión de hechos declarados probados en una instancia anterior, incluyendo semejante opción entre los motivos para acceder al sistema de recursos (significativamente, en lo que nos afecta, suplicación y casación ordinaria), constituye una opción acertada del legislador, situando al justiciable en una mejor posición para la obtención de una respuesta fundada en Derecho.

CAPÍTULO XIII

LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD

FRANCISCO JAVIER TOROLLO GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. UCM

SUMARIO: 1. *Introducción: acercamiento a la figura y funciones del Ministerio Fiscal.*–2. *Un breve apunte al papel de la Fiscalía en el orden jurisdiccional social y al novedoso recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad.*–3. *Antecedentes: el extinto recurso en interés de la ley.*–4. *Régimen jurídico del recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad.*–5. *Balance de la entidad cuantitativa y cualitativa del RCUD interpuesto por el ministerio fiscal.*–6. *La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2013 y la doctrina de los días cuota.*–7. *La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 y el escrito de impugnación del recurso de suplicación.*–8. *La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2016 y la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones del pago de intereses por parte del FOGASA.*–9. *La STS de 19 de julio de 2018 y el presupuesto del artículo 219.3 sobre la reciente vigencia de la norma en conflicto.*

1. INTRODUCCIÓN: ACERCAMIENTO A LA FIGURA Y FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL

En cualquier estudio en el que se aborde la figura del Ministerio Fiscal (en adelante MF) un elemento de reiterada presencia es la manifestación de su difusa naturaleza ante la confluencia de dos elementos: su dependencia del Ejecutivo y su personalidad institucional. Se trata de una cuestión abierta a una continua reflexión en un debate que previsiblemente no se cerrará⁹³⁹. La indefinición con la que el legislador procede a su reconocimiento en el artículo 124 CE induce a ello y no hay previsión de proceder a una corrección para evitarlo.

La estructura y organización, así como, la forma en que debe actuar del MF no es ajena a la polémica doctrinal abierta en torno a su naturaleza. Es lógico, todos estos factores son interdependientes.

Fieles al concreto objeto que nos mueve debemos eludir entrar y participar en la polémica que se suscita en torno a la naturaleza del MF. Y para ello, siguiendo a doctrina autorizada⁹⁴⁰, hemos considerado que la mejor opción para acercarnos a la figura del MF es tomar como referencia exclusivamente sus funciones, evitando conformar una definición. Y éstas toman como referencia el artículo 124 CE, que les reconoce un importante papel al encomendarle la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social»⁹⁴¹.

Tal opción nos permite orillar la contradicción que dimana del modo en el que se ha configurado su forma de actuación y la definición que de este órgano dispone la doctrina. Definición que pasa por considerar que ni es un órgano administrativo, ni es un órgano auténticamente judicial⁹⁴².

No obstante, nuestra postura es más cercana a la del modelo judicialista, pues le vemos como un colaborador de la Administración de Justicia. Conclusión que adoptamos por los siguientes motivos: uno, porque esa parece ser la

⁹³⁹ Véase, MORAL GARCÍA, A. del, «Ministerio Fiscal y reforma de la justicia», *Jueces para la democracia*, núm. 43, 2002, pp. 17 ss.

⁹⁴⁰ Cfr. SAINZ MORENO, F., «El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985, p. 181; MORALES BRAVO, J. M., «La naturaleza y ubicación constitucional del Ministerio Fiscal español: un órgano en permanente equilibrio», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 10, 2017, pp. 144 ss.

⁹⁴¹ En una mala técnica legislativa, el artículo 54 de la LOPJ se limita a reproducir el apartado primero del precepto constitucional

⁹⁴² En palabras de la STC 124/1984 –en el contexto de un recurso de revisión penal promovido por el recurrente que el MF estima no procedente–, se dice que éste es «un órgano no jurisdiccional, con acceso directo al Tribunal».

voluntad del legislador dada la ubicación del artículo 124 de la CE en su Título VI, que se ocupa del «Poder Judicial». Dos, porque así se recoge en el artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF) que se refiere a él como un órgano de relevancia constitucional «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial»⁹⁴³. Y, finalmente, porque el MF siempre ocupa una posición distinta a la de las partes implicadas en el proceso y, en principio, no le mueve las mismas pretensiones. El MF, «no es una parte privada, dada su misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley»⁹⁴⁴.

Desde otra perspectiva también se ha considerado que el MF constituye un órgano que representa a la sociedad, ante los tribunales, y que su figura es más cercana a la de un «auténtico abogado, no del Estado, sino de la Sociedad»⁹⁴⁵.

Pese a las afinidades innegables en sus funciones con las del Juez, éstas no pueden equipararse con las de la Fiscalía, pues no tiene potestad decisoria. Solo existe equiparación en los honores, categorías y retribuciones (art. 33 EOMF).

Fuera como fuese, el acercamiento a la figura del MF no está exenta de condicionantes de hondo calado jurídico ya que en el desempeño de sus funciones concurren los dos grupos de principios rectores que podrían hasta parecer antagónicos e, incluso, contradictorios:

a) De un lado, su labor se desarrolla con una cierta jerarquía y sometimiento a la «unidad de criterio» que dimana de las órdenes e instrucciones del Fiscal General del Estado⁹⁴⁶ (cuyo nombramiento, como es sabido, es propuesto por el Gobierno), así como, de los criterios generales establecidos por el «Consejo Fiscal» y, finalmente, de los Informes emanados democráticamente de las Juntas de Fiscales y,

b) De otro, la exigencia de que su actuación se desarrolle en todo caso con la autonomía que es inherente a su obligado sometimiento a los principios de legalidad y de imparcialidad.

En efecto, el artículo 124.2 de la CE dispone que «El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios

⁹⁴³ En sentido contrario doctrina procesalista autorizada como Gimeno Sendra y Montero Aroca, que cita el Fiscal MORALES BRAVO, J. M., «La naturaleza y ubicación constitucional...», *op. cit.*, p. 146.

⁹⁴⁴ Cfr. STC 76/1982, de 14 de diciembre.

⁹⁴⁵ MORAL GARCÍA, A. del, «Ministerio Fiscal y reforma de la justicia», *op. cit.*, p. 20.

⁹⁴⁶ El artículo 22 del EOMF, tras identificar al MF como un órgano «único para todo el Estado» en su apartado segundo, le irroga de las competencias necesarias para «impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal».

de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad»⁹⁴⁷.

Pese a que pueda parecer lo contrario, por su sometimiento a sus superiores jerárquicos y al principio de unidad de criterio que rige su actuación, la autonomía del MF no se difumina. La subordinación ilimitada de la Fiscalía no es ilimitada. Sobre ésta prima el principio de legalidad. Además, considero que el principio de unidad de actuación facilita un mayor despliegue y desenvolvimiento de su actuación y permite, o al menos procura, una más eficaz defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

No obstante, las dudas suscitadas en torno a la merma de la autonomía de la Fiscalía permanecen. Y como no son privativas de este órgano, pues se ha dudado incluso de la independencia judicial, ante el sometimiento de los Jueces y Magistrados al precedente judicial, no nos parece desacertado traer a colación la doctrina del TC, que en relación a esta cuestión ha sostenido que tal sometimiento no cercena su independencia, que no es más que una manifestación del principio de juridicidad⁹⁴⁸. Principio que va «más allá del de legalidad, que implica el respeto no solo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios generales del Derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico». Además, «el juez es libre en cuanto que solo está sujeto al imperio de la ley. O, dicho de otro modo, que los Jueces y Tribunales son independientes porque están sometidos únicamente al Derecho. Independencia judicial y sumisión al imperio de la ley son, en suma, anverso y reverso de la misma medalla».

Dado que el MF está sometido, como los Jueces y Magistrados, al principio de legalidad, a la Ley, tales reflexiones deben ser valoradas y tomadas en consideración respecto a cualquier tesis que se alcance en torno a su independencia. Eso sí, con las salvedades que existen entre uno y otro órgano, pues hay diferencias insalvables entre los Jueces y Magistrados. Por lo pronto, estos deciden y dan una solución a la controversia.

La exigencia de que el MF actúe con independencia, naturalmente, es extensible a todas las jurisdicciones en las que su presencia está prevista por la Ley y también al orden jurisdiccional social. En su actuación el MF debe regirse bajo el principio de unidad de acción (art. 2 EOMF) y con la indicada

⁹⁴⁷ Conforme al artículo 2.1 del EOMF, éste «es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad». Postulados reiterados también en el artículo 48 del EOMF.

⁹⁴⁸ Véanse las SSTC 133/1995 y 37/2012.

subordinación a las órdenes e instrucciones de sus superiores, pero, simultáneamente, con el amplio grado de autonomía que deriva de su sometimiento a los indicados principios de legalidad y de imparcialidad. Principios, en fin, a los que se vincula el ejercicio de la legitimación exclusiva que el legislador le reconoce para la interposición del recurso de casación en interés de la legalidad. Ello explica por qué el Abogado del Estado queda privado de legitimación para interponer el RCU en defensa de la legalidad⁹⁴⁹: por su mayor apego a la defensa de los intereses de la Administración. Apego que no se muestra de forma tan evidente y directa para la Fiscalía.

No obstante, no son estos los únicos condicionantes que planean sobre el óptimo y eficaz ejercicio de la potestad del MF para preparar e interponer el RCU en interés de la legalidad. Otros son de naturaleza material, como la escasez de medios, que no cabe duda que también incide. Sin embargo, no se puede justificar en esta perenne realidad cualquier grado de ineficacia o inacción. Asumida ésta, se debe seguir avanzando en medidas que aumenten la optimización de recursos. No podemos quedarnos en la emprendida especialización de los Fiscales implementada con la Ley 24/2007, de 9 de octubre, que modificó el EOMF. Esta Ley constituyó un paso decidido y positivo de optimización de recursos⁹⁵⁰, configurando una nueva estructura funcional que, asentada en los indicados criterios de especialización, ha permitido que su capacidad funcional y su participación se haya incrementado cuantitativa y cualitativamente en el orden jurisdiccional social. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer. Y sus competencias y responsabilidades aumentan.

2. UN BREVE APUNTE AL PAPEL DE LA FISCALÍA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL Y AL NOVEDOSO RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD

Al MF en el orden jurisdiccional social se le ha dotado tradicionalmente de un amplio abanico de responsabilidades en algunas modalidades procesales y en los recursos. A éstas hay que adicionar las que la LJS le reconoce novedosamente. A todas ellas seguidamente nos acercamos con una breve referencia.

⁹⁴⁹ La LJCA de 1958 sí le reconocía legitimación y, además, de forma exclusiva. *Vid.* COSCULLUELA MONTANER, L. M., «El recurso en interés de la ley», *op. cit.*, p. 1251.

⁹⁵⁰ Los Fiscales especialistas son designados por los Fiscales Jefes provinciales, de los que dependen jerárquicamente.

En el proceso de tutela de la libertad sindical y de derechos fundamentales el MF tiene presencia e intervención en todas sus fases e, incluso, en la de ejecución de sentencia, dada su condición de defensor de la víctima que procura su reparación íntegra (art. 177.3 LJS).

Y en los procesos de impugnación del convenio colectivo, el MF ya no solo participa cuando tenga lugar su impugnación directa por las partes legitimadas, ahora también cuando ésta tenga lugar como consecuencia de la declaración judicial en sentencia que resuelve conflictos individuales o colectivos y en los que la sentencia declarará que el convenio colectivo contiene cláusulas no conformes a derecho. Cuando sea tal la convicción del Magistrado lo pondrá en conocimiento del MF, antes de la firmeza de la sentencia, para que pueda plantear la ilegalidad de la norma convencional, presentando la correspondiente demanda de impugnación de convenios colectivos (art. 163.4 LJS).

También el MF interviene en otros procesos especiales, como en los que se plantean cuestiones de competencia en este orden jurisdiccional (arts. 12 y 14 LJS) y los de impugnación de los estatutos sindicales y de las asociaciones de empresarios (arts. 167 ss. LJS).

Así mismo, el MF despliega su presencia y actuación en los recursos de casación ordinarios y en los recursos de casación para la unificación de doctrina⁹⁵¹.

A ello se une también la elaboración de los informes que le sean requeridos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su condición de parte en el procedimiento principal que conoce de un conflicto de vulneración de derechos fundamentales en el ámbito social de la jurisdicción⁹⁵².

Y, en cuanto a los recursos, como es sabido, la Fiscalía en los de casación para la unificación de doctrina si no actúa como recurrente, su primera participación, clave y obligada, tiene lugar en el trámite de inadmisión del recurso, en el que ha de emitir un informe postulando su admisión o no. Y si éste fuera admitido, debe realizar un segundo informe interesando la procedencia o improcedencia de su estimación total o parcial.

Al margen de las últimas competencias indicadas e, incluso, las que presenta en los conflictos de siniestralidad laboral en el ámbito penal, una de las más apreciables y valoradas es su consideración de parte en los procesos de vulneración de la libertad sindical y de derechos fundamentales (art. 177.3 LJS)

⁹⁵¹ Más extensamente en SEMPERE NAVARRO, A. V., «El papel de la Fiscalía según la LRJS» en *Aranzadi Social*, núm. 5/2013, y la Instrucción 4/2012, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social.

⁹⁵² Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 12 de junio de 2014, caso Fernández Martínez contra España, relativa a la no renovación de un contrato de trabajo por una escuela católica de un sacerdote casado y con cinco hijos.

habida cuenta su amplia generalización⁹⁵³. No obstante, el artículo 82 de la LJS, en un intento de paliar este problema, ha impuesto al Letrado de la Administración de Justicia que agrupe los procesos y las audiencias en los que su presencia es requerida legalmente. Sin embargo, su presencia física en todos ellos es imposible aun siendo Especialistas⁹⁵⁴. El don de la ubicuidad no acompaña a su nombramiento, lo que es un problema, pues existe una gran desproporción entre el número de Juzgados de lo Social que existen en las grandes provincias y el número de fiscales adscritos a los mismos,

Ante esta situación que, sin duda, afecta a la operatividad y eficacia en la labor y encomiendas del MF se ha unido el reconocimiento de su legitimación exclusiva en la modalidad del RCUd en defensa de la legalidad.

El aumento de su presencia y sus responsabilidades en el orden jurisdiccional social no puede constituir ni causa ni fundamento del limitado despliegue que ha tenido hasta estos momentos el recurso que nos ocupa. El amplio margen con el que se permite su operatividad y la finalidad con la que se ha introducido este instrumento flexible de unificación de doctrina no hacían prever tal escasez de promoción de recursos. Esperamos que en el futuro su interposición sea mucho más importante cuantitativa y cualitativamente habida cuenta la finalidad perseguida con su previsión y los efectos positivos que se alcanzan con ella en la reducción de conflictividad futura.

El nuevo RCUd en defensa de la legalidad se introduce como novedad en el apartado 3 del artículo 219 bajo el epígrafe «Finalidad del recurso. Legitimación del MF». El precepto reconoce la exclusiva legitimación de la Fiscalía para interponer este nuevo RCUd en (su función de) defensa de la legalidad. Legitimación, que es extraordinaria (y distinta a la que ya se le reconoce en el art. 220.1 de la LJS) y se extiende a todo tipo de procesos, haya sido parte o no.

Este recurso constituye una modalidad del RCUd ordinario. Es un recurso de naturaleza mixta y carácter extraordinario para el que se prevén motivos y requisitos tasados para su interposición. Y aunque éstos sean más flexibles y con ello se amplíen sus posibilidades no estamos ante un recurso subsidiario, aunque esté previsto para los supuestos en los que no concurra el requisito de la igualdad sustancial en los términos que exige el artículo 219.1 LJS. La interposición del recurso por el MF no impide que por las partes implicadas en

⁹⁵³ Como nos recuerda la Instrucción 4/2012, la presencia e intervención del MF en la gran cantidad de procesos especiales, esto es, en los que a la pretensión principal se anuda una de vulneración de derechos fundamentales «va a suponer un gran esfuerzo de coordinación y asignación de medios personales para todas las Fiscalías».

⁹⁵⁴ Como complemento a la previsión legal, la Instrucción 4/2012 insta a que se formalicen acuerdos con los Secretarios Judiciales para procurar la operatividad de esta previsión legal.

la controversia también preparen su RCUD ordinario. Cuestión distinta es que superen el juicio de contradicción y se admitan. Lo que se nos muestra en una postura optimista como sumamente difícil.

En definitiva, se trata de una modalidad del RCUD que se insta en defensa de la legalidad, con una tramitación diferente al RCUD ordinario y con un diferente objeto y con una sentencia también con diferentes efectos.

La finalidad de este RCUD es la de fijar la doctrina jurisprudencial que debe ser aplicada en el futuro por el resto de los órganos judiciales y crear el precedente judicial al que han de someterse los Jueces y Magistrados.

Pese a los beneficios y efectos positivos que se desprenden de su previsión legal, es un RCUD que también suscita dudas y suspicacias. Y es que, tal como se configura, nos puede hacer pensar que la Sala Cuarta del TS podría llegar a convertirse en un órgano consultivo, más que decisorio y judicial e, incluso que podría llegar a asumir un papel instrumental del legislador si a través del Fiscal General del Estado se promoviese a la Fiscalía del Supremo para la preparación e interposición de estos recursos en determinados asuntos y frente a leyes recientes. Especialmente, si las leyes en su aplicación se mostrasen técnicamente defectuosas o incompletas, como sucede con la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social y que corrige la STS de 28 de enero de 2013, de la que posteriormente damos cuenta. Función depuradora, cuasi normativa de la norma necesitada de una recta interpretación para su adecuada aplicación.

Con todo, en todos los supuestos no es así, por lo que tal consideración no se ajusta a la realidad, ni a las diferentes posibilidades y efectos que cuenta la sentencia dictada en este proceso, ya que puede afectar a la situación jurídica de las partes si así ellas lo solicitasen. Quizás, sea este el motivo por el que esta posibilidad se prevé. En caso contrario sí es cierto que nos encontraríamos con un recurso en el que la Sala no resuelve una controversia, sino que crea la doctrina con la que fija cómo ha de interpretarse una norma en el futuro, al modo en el que lo hacía el extinto recurso en interés de la ley.

3. ANTECEDENTES: EL EXTINTO RECURSO EN INTERÉS DE LA LEY

Al recurso que nos ocupa lo hemos denominado «RCUD en defensa de la legalidad» porque el legislador en el artículo 219.3 LJS nos invita a ello, pues vincula su interposición a esa función, en concordancia con el artículo 124 de la CE. El Preámbulo de la LJS se nos lo presenta como una modalidad del RCUD «que puede interponerse por el MF en defensa de la legalidad».

Así denominado y configurado este peculiar «RCUD en defensa de la legalidad» es inevitable fijar nuestra mirada, siquiera sucintamente, en el extinto recurso en interés de la ley⁹⁵⁵ que, como antecedente más inmediato, preveía el derogado artículo 100 de la ley 29/1998 de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (en adelante LJCA). Recurso con el que, no podemos negarlo, el RCUD que nos ocupa presenta muchas semejanzas, no solo semánticas.

En efecto, la finalidad de ambos recursos es la misma: ambos están concebidos para la procurar una adecuada interpretación del Ordenamiento jurídico. Específicamente, como disponía el derogado apartado 2 del artículo 100 de la LJCA de 1998 el recurso en interés de la ley perseguía «la correcta interpretación y aplicación de (las) normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido».

Al recurso en interés de la ley de la JCA también se le dotaba de esa función que se ha calificado de «política»⁹⁵⁶, pues con él se lograba la formación de doctrina unificada de proyección generalizada y definidora en el futuro de cómo ha de ser aplicada la normativa estatal⁹⁵⁷. Y esta función, como hemos indicado, es la que asume el RCUD en defensa de la legalidad.

No obstante, entre ambos recursos existen diferencias importantes.

Por lo pronto, el recurso en interés de la ley se configuró como un recurso con carácter subsidiario. Solo entraba en juego ante las sentencias, de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, que no fuesen susceptibles de los recursos de casación⁹⁵⁸.

Otra nota peculiar y también diferente es la relativa al órgano con legitimación para interponer el recurso. La Exposición de Motivos de la LJCA de 1998 se refería a ello como los «únicos interesados en una depuración de doctrina», esto es, la Administración pública territorial y las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, y por la Administración

⁹⁵⁵ El recurso de casación en interés de la ley se reconoció por primera vez en la LEC de 1855 y se reconoció legitimación al Fiscal, para su interposición ante la Sala primera del TS.

⁹⁵⁶ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, L. M., «El recurso en interés de la ley», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1993, pp. 1241 ss.; ÁLVARO MONTERO, Á. de, y COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, Recurso de Casación en Interés de la Ley, y Revisión de Sentencias Firmes», en AA.VV., *Recurso de casación contencioso-administrativo. Cómo lograr su admisión*, Aranzadi, 2015, versión *on line*.

⁹⁵⁷ Y también la norma autonómica, conforme al extinto artículo 101 de la LJCA DE 1958.

⁹⁵⁸ Del recurso en interés de la ley se ha indicado que constituye «como su precedente inmediato, el recurso de apelación extraordinario en interés de Ley, un remedio extraordinario y último... para evitar que sentencias que se estimen erróneas y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general, más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas con fuerza de cosa juzgada material, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro, ante la posibilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina», cfr. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 2007.

General del Estado. Legitimación que también era compartida por el MF. Y a diferencia de cómo se plantea en el recurso que nos ocupa, todas estas entidades podían promoverlo de oficio.

Finalmente, también les separa el distinto efecto con el que se dotaba y se dota al Fallo de las sentencias en uno y otro recurso. En el recurso en interés de la ley de la JCA no se veía afectado el sentido del fallo de la sentencia recurrida y en el que nos ocupa, como veremos, sí puede verse afectado.

El recurso en interés de la ley fue derogado por la Ley Orgánica 7/2015, de 15 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Ello nos da que pensar, pues mientras que en la jurisdicción contenciosa-administrativa se ha procedido a expulsarlo del ordenamiento jurídico, la LJS ha optado por incluir entre los RCUD que pueden plantearse al que se interpone en defensa de la legalidad.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD

4.1 **El Ministerio Fiscal único legitimado para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad**

Para esta modalidad de RCUD en defensa de la legalidad, la legitimación para su interposición la ostenta exclusivamente el MF. Específicamente, el único sujeto competente y, por lo tanto, con legitimación plena, es la Fiscalía adscrita a la Sala de lo Social del TS.

No obstante, la interposición del RCUD también podrá promoverse a instancia de parte. Esta consideración se reconoce a los sindicatos, las organizaciones empresariales, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) y a las entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa. Todos estos órganos carecen de competencia para interponer directamente el recurso, tienen que solicitar a la Fiscalía que proceda a ello. y cursada la solicitud el MF decidirá si procede a su preparación o no.

Los términos «interés legítimo», con independencia del análisis casuístico al que se supedita, consideramos que concurre cuando estas entidades representan o se les atribuye un derecho o una expectativa del mismo que puede

verse afectado por los efectos que derivan del cambio de doctrina judicial. Cambio que puede producir un beneficio o evitar un perjuicio en el futuro al titular de la relación jurídica. Ello permite reconocer que tiene interés legítimo todo aquel que pudiera verse afectado por el fallo de una futura sentencia, bien directamente, bien porque el afectado es un representado por la entidad. Y en ese caso es cuando en defensa de ese interés legítimo sus representantes podrán activar su defensa.

Obsérvese que el legislador no exige para los sindicatos, las asociaciones de empresarios y las asociaciones de los TRADE ningún grado de representatividad⁹⁵⁹, ni de implantación. Habrá que entender, pues, que cualquiera de éstas puede promover la preparación del recurso. Solo se les exige que tengan y acrediten un «interés legítimo». Así, las posibilidades de este recurso no se limitan.

Ningún otro órgano de representación de los intereses de los trabajadores puede instar al MF la interposición de este recurso. Ante el silencio del legislador, quedan fuera de esta posibilidad el comité de empresa, las secciones sindicales y también el Comité Intercentros. Por lo tanto, cualquiera de estos órganos deberá requerir al sindicato que inste la solicitud ante el MF para que proceda, si así lo estiman, a la preparación del recurso.

Ante los principios de actuación de la Fiscalía anteriormente reseñados y ante las relaciones institucionales que mantiene con otros órganos del Estado español cabe preguntarse, siquiera sumariamente, si estos pueden solicitar al MF que de oficio interponga el RCUd en defensa de la legalidad.

La LJS no reconoce al Gobierno como parte legitimada para instar al MF la interposición del recurso. Sin embargo, no nos parece, que pueda descartarse absolutamente esa posibilidad. De un lado, por la influencia directa del Gobierno sobre las entidades públicas que compartan ese interés legítimo, de tal manera que éstas pudieran actuar de forma instrumental siguiendo las directrices emanadas por aquél. De otro, por la influencia que puede desplegar sobre el Fiscal General del Estado. Y es que, el Gobierno, más allá de que proponga su nombramiento al Parlamento, siempre «podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público» (art. 8.1 EOMF). Dentro de este interés se engloba, obviamente, la defensa de la legalidad. Y uno de los medios para llevar a cabo esa labor no cabe duda que es la creación de doctrina unificada en determinadas materias. Doctrina unificada que como es vinculante

⁹⁵⁹ «Y debería haberse sometido a algún filtro de representatividad», cfr. DESDENTADO BONETE, A., «Los recursos de casación en la LRJS...», cit. p. 14.

para los Tribunales y Juzgados inferiores tendrá como efecto inmediato una reducción de la conflictividad innecesaria, reduciendo también la litigiosidad ante la Sala cuarta del Tribunal Supremo. Se trata, pues, de una medida que puede equipararse a aquellas otras que pretenden una mejor gestión y una eficaz distribución y coordinación de los limitados recursos con los que se cuenta también en este ámbito. Desde esta perspectiva, entendemos que el Gobierno no solo puede, sino que incluso debería estar interesado en la creación de doctrina unificada. Y si ello es así vuelven a despertarse suspicacias sobre esa «función política» con la que se vincula al RCUD que nos ocupa.

El derogado recurso en interés de la Ley de la LJCA de 1998 fue objeto de severas críticas por esta posibilidad. Doctrina muy autorizada alumbró que ese recurso no perseguía «la defensa de la legalidad objetiva, como la expresión en interés de ley parece indicar, sino el interés de la propia Administración en cuanto titular de una concreta potestad administrativa»⁹⁶⁰. En definitiva, lo que sostenían era que este recurso constituía un mecanismo privilegiado a favor de la Administración y configurado en defensa de sus intereses.

En la misma línea, podríamos plantearnos si el impulso para la interposición del RCUD en interés de la legalidad puede derivar del Defensor del Pueblo e, incluso, del Parlamento, dado que son dos órganos que se relacionan con el MF. Adelantando la respuesta, ésta es negativa. Ninguno de estos órganos puede impulsar la actuación del MF en este ámbito, al menos directamente. A diferencia de lo que ocurre con el Gobierno, no se cuenta con una previsión normativa de la que pudiera deducirse tal posibilidad con la claridad con la que se desprende respecto de éste.

Y es que, entre el MF y las Cortes Generales solo se establece una relación de colaboración e información. El Parlamento interviene en el nombramiento del Fiscal General del Estado, pero a propuesta del Gobierno.

Y, por su parte, el Defensor del Pueblo solo puede instar la actuación del MF en tres supuestos: cuando reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia y tenga conocimiento de conductas o hechos presumiblemente delictivos o de posibles irregularidades administrativas (art. 25 LO 3/1981 del Defensor del Pueblo). Ninguno de estos tres supuestos, ni siquiera el primero, podría llevarnos a pensar que el MF a instancia del Defensor del Pueblo actuaría en la jurisdicción social y especialmente a través de la preparación e interposición del RCUD que nos ocupa.

⁹⁶⁰ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1998, p. 663.

Así pues, con las salvedades indicadas respecto al Gobierno, las únicas entidades con posibilidad de promover directamente al MF para que proceda a la interposición del RCUD en interés de la legalidad son las asociaciones profesionales y las entidades públicas. Unas y otras podrán instar su solicitud ante la Fiscalía de la Sala de lo Social del TSJ que ha dictado la sentencia y ante la Fiscalía del TS. Esta decidirá si procede o no su preparación.

Una última consideración: cuando el RCUD se interpone por el MF, obvio es decirlo, éste asume la condición de recurrente y las partes las de recurridos, salvo que hayan optado por la adhesión al recurso. Y si, además, preparasen el RCUD ordinario asumirían la doble condición de parte recurrida y recurrente.

4.2 El carácter extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad: supuestos de interposición

Todos los recursos de casación tienen un carácter extraordinario. El presente RCUD en defensa de la legalidad también, pero en un doble sentido. En primer lugar, porque es diferente del RCUD ordinario ya que constituye una modalidad del mismo. En segundo lugar, porque solo puede interponerse frente a determinadas resoluciones, mediante determinados requisitos y ante los tres supuestos legalmente establecidos. A saber:

1. Cuando existiendo resoluciones distintas de los TSJ no exista doctrina unificada.
2. Cuando existiendo resoluciones distintas de los TSJ se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a la unificación de doctrina si le fueran exigibles los requisitos ordinarios de contradicción estipulados en el apartado 1 del artículo 219 LJS.
3. Cuando las normas cuestionadas sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia.

La exigencia de que no exista doctrina unificada es lógica y acorde a la razón de ser y finalidad nomofiláctica del presente recurso: crear la doctrina aplicable en el futuro. En caso contrario no tendría razón de ser. En consecuencia, el interés perseguido por este recurso es social, trasciende al de las partes en el proceso. Con el recurso no se trata de corregir una interpretación desacerpada de las normas en conflicto o de las normas procesales aplicadas en el

proceso para la resolución de éste. Claro que este efecto se puede alcanzar, pues si las partes así lo interesan del MF, y naturalmente si el recurso interpuesto por éste es estimado por la Sala, la situación jurídica creada por la sentencia recurrida se verá afectada. Aun así, la finalidad primaria de este recurso es la indicada, la formación de doctrina unificada en defensa de la legalidad en supuestos trascendentes y vinculantes para el futuro cuyo acceso al RCUD ordinario se muestra como una opción difícil.

En el segundo de los supuestos indicados se exige que se constate «la dificultad de que la cuestión pueda acceder a la unificación de doctrina». Tal exigencia nos suscita dos dudas: ¿debe acreditarse en todo caso la dificultad? y ¿qué alcance debemos dar al término «dificultad»?

La constatación de la dificultad solo se exige si es este el supuesto por el que se busca la interposición del recurso. No así si se fundamenta el escrito de preparación del recurso en la juventud de la ley.

Cuando el legislador opta por requerir que «se constate» no se refiere a una situación potencial de acreditación, sino a que la manifestación de la misma se asiente en prueba suficiente que evidencie que la dificultad concurre. En el mismo sentido, como veremos, se dispone también por la Instrucción 4/2012. Esta obligación afecta al MF y a las entidades que soliciten a éste que prepare el recurso.

Acreditar la dificultad de concurrencia de los requisitos del juicio de contradicción del RCUD no constituye una gran carga para las controversias casualizadas, como p. ej. los despidos e incapacidades permanentes. Materias en todo caso sobre las que a la fecha del presente no ha conocido el TS por la vía del recurso que nos ocupa. Sin embargo, sí puede suponer un gran esfuerzo si la controversia se suscita en torno a las materias en las que las diferencias fácticas no son tan evidentes o se asientan en hechos en los que no se muestran relevantes en el juicio de contradicción.

Por otra parte, cabe plantearse si dejar constancia de esa dificultad de superar el juicio de contradicción no supone sino realizar éste. Si es así, como parece serlo, se incrementará la carga laboral del Gabinete jurídico de la Sala de lo Social, pues sobre el cumplimiento de tal exigencia se supedita la admisión del recurso. Y la decisión que se adopte al respecto, en uno u otro sentido, lógicamente debe motivarse. Del alcance que se dé a la motivación dependerá el indicado incremento de actividad.

No creemos que la ausencia de oposición de la parte recurrida dispense al TS de examinar si concurre la dificultad de interponer un RCUD ordinario. Si, por el contrario, la parte recurrida considera que debería inadmitirse el re-

curso ya que podría haberse interpuesto un RCUD ordinario deberá acreditar que la dificultad no concurre.

La STS de 23 de octubre de 2013 introduce una breve, pero relevante reflexión, sobre este supuesto. Considera que no puede exigirse la acreditación de resoluciones contradictorias y que mientras que no consten se presume, «cuanto menos, la dificultad a que alude el precepto»⁹⁶¹.

Ninguna otra STS se detiene en este supuesto.

En cuanto al alcance del término «dificultad», está claro que no podemos identificarlo con «imposibilidad». A esta realidad no se refiere conscientemente el legislador. Lo difícil no es imposible. En consecuencia, para la preparación del RCUD en defensa de la legalidad no se exige la imposibilidad de acceder al RCUD ordinario. Y si no es imposible ¿cabría la posibilidad de exigir que se preparase un RCUD, aunque su admisión se presentara dificultosa? Nuestra respuesta es negativa. No es necesario. Las partes están exoneradas del intento. Pero, tal como hemos indicado, deben constatar la dificultad de acceso al RCUD si es este el supuesto que fundamenta la interposición del recurso.

Es fácil imaginar que cuando se exige dificultad es porque en el fondo late la consideración de que si alguna de las partes preparase el RCUD ordinario éste iría destinado al fracaso, a su inadmisión. Y dilatar el proceso sometiendo a las partes a recursos ineficaces no es la voluntad del legislador. Lo que sí se puede y así ha ocurrido en una única ocasión es que se tramiten simultáneamente dos RCUD uno en defensa de la legalidad y otro ordinario. Y lo normal será lo que acaeció en la STS de 19 de julio de 2018: la inadmisión del RCUD ordinario en este caso interpuesto por la empresa.

Ya adelantamos que el RCUD en defensa de la legalidad no es subsidiario. Si ésta hubiera sido su configuración solo podría prepararse una vez que el recurso previamente interpuesto por las partes hubiera sido inadmitido por no superar el juicio de contradicción. Pero no es el caso. Y, tal como apuntamos, esa sí era una exigencia prevista para el recurso de casación en interés de la ley de la JCA de 1998. Quizás por ello no ha sido ésta la opción adoptada por la LJS. Decisión acorde al carácter flexible con el que se le impregna en el ánimo de que el recurso no vea mermada y significativamente sus posibilidades de articulación.

⁹⁶¹ Es precisamente la inexistencia de «ni una sola sentencia en sentido contrario a la impugnada» que el INSS resalta en su escrito de solicitud con mayúsculas «la que evidencia la posibilidad de la interposición de esta clase de recurso si se entiende que tales resoluciones son contrarias a la normativa que en el mismo se dice infringida». Evidentemente, como veremos, a través del último supuesto, la de modernidad de las leyes.

Ahora bien, tal como se configura en la actualidad el RCUD en defensa de la legalidad, no se cierra la posibilidad de encontrarnos más adelante con algún supuesto en el que el MF pueda actuar *pro actione* en defensa de los intereses de la parte que por negligencia o desidia no ha preparado el RCUD ante la dificultad de hacerlo, que no imposibilidad, insisto. Y es que, constatada la dificultad referida, (que la dificultad siempre existe es un hecho notorio), la defensa de sus intereses se alcanzaría, tras su «pasividad», con la adhesión al recurso del MF e interesando de éste que adicione a su pretensión que la sentencia sea revocada en el sentido que estime más favorable a sus intereses. Al no configurarse como un recurso subsidiario ¿no se benefician comportamientos alejados de la debida diligencia que siempre es exigible a las partes? ¿Puede llegarse a pensar que la inacción de la parte se podría ver incluso favorecida?

Quizás se tenga oportunidad en el futuro, con un examen particularizado de la resultancia fáctica de las sentencias que se dicten, abrir una reflexión más detenida sobre la pertinencia de que no se haya configurado esta modalidad de RCUD con un carácter subsidiario. Claro que, también, podría pensarse que en el fondo, realmente, es éste el carácter que irradia.

En fin, la legitimación al MF para preparar el RCUD en defensa de la legalidad se reconoce sin ninguna limitación: para todo tipo de procesos, incluyendo a los que no ha sido parte. Pues bien, tal potestad se quiere limitar por la propia Fiscalía. La Instrucción 4/2012 distingue la participación del MF en los conflictos en los que ha sido parte de los que no. Para los primeros dispone que el recurso puede referirse a cuestiones de fondo y a cuestiones procesales. Para los segundos aconseja que sean éstas las únicas cuestiones suscitadas en el recurso a interponer.

4.3 Procedimiento

El principio de jerarquía al que se somete el MF en su actuación tiene en esta competencia una de sus manifestaciones en cuanto que la preparación e interposición del recurso no se reconoce a los Fiscales Delegados de lo Social de los TSJ. La Fiscalía del TS son los únicos legitimados para ello. Ésta conocerá de la sentencia por el traslado que de la misma realicen aquellos. Pero los Fiscales de los TSJ no podrán proceder a la preparación del recurso. Competencia que, como es sabido, sí tienen reconocida para el RCUD ordinario, hayan sido o no parte.

Las entidades con legitimación para solicitar del MF la interposición del recurso pueden acudir a los Fiscales Delegados de la Sala de lo Social de los TSJ y a la Fiscalía de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pero, como se ha apuntado, la preparación del recurso corresponde exclusivamente a ésta.

El plazo para la preparación del recurso es de diez días. Su cómputo se inicia al día siguiente al de la notificación a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de la sentencia del TSJ que se pretende recurrir.

Obviamente, la Fiscalía de los TSJ sí podrá trasladar a la del TS la conveniencia de que se prepare el recurso. Esta solicitud se acompañará de una exposición de los motivos por los que postulan la misma, así como, de la concurrencia de los presupuestos legales que permiten su interposición. Solicitud que claramente constituye un proyecto solvente del escrito de preparación del recurso que instruirá la Fiscalía del Supremo.

Aunque no se reconozca así expresamente, sí puede deducirse que los Fiscales de los TSJ asumen la labor de estudio y consideración de la oportunidad de proceder a preparar el RCU en interés de la legalidad. Así se deduce de las pautas de actuación que para estos diseña en su último epígrafe la Instrucción 4/2012. A estos les requiere que «a efectos de una posible interposición del recurso de oficio, prestarán especial atención a las sentencias dictadas en procesos en los que el Ministerio Fiscal haya sido parte, en los procesos en los que se debate la competencia de la jurisdicción social y en los que se apliquen normas de reciente vigencia».

Así mismo, a los Fiscales de los TSJ también la citada Instrucción les encomienda la responsabilidad de examinar «con la debida celeridad las solicitudes de interposición del recurso presentadas por asociaciones y entidades en general a los efectos de rechazar de plano las que resulten improcedentes comunicando de inmediato su resolución a la Fiscalía del Tribunal Supremo». Obviamente, los Fiscales de los TSJ no quedan vinculados a la solicitud que ante ellos se curse, ni a la ausencia de solicitudes. En el mismo sentido, los Fiscales del TS tampoco quedan vinculados a las solicitudes motivadas que aquellos les trasladen, bien por propia iniciativa, bien porque así han sido requeridos por las citadas entidades.

Aunque no he encontrado resolución alguna publicada en las bases de datos jurídicas, y ni la Ley ni la Instrucción nos lo indican que así deba hacerse, cuando se decida no cursar el recurso el MF deberá dictar una resolución motivada y notificarla a las entidades solicitantes. Sobre estas resoluciones no se prevé recurso alguno. Y no se prevé, sencillamente, porque no emanan de un órgano judicial. Su impugnación supondría la apertura de unos Autos diferentes en un proceso independiente.

El escrito de preparación del RCUD se presenta por la Fiscalía del TS ante la Sala que dictó la sentencia de suplicación con la mediación de los Fiscales Delegados de los TSJ.

El escrito de preparación del recurso cuenta con unas exigencias materiales más flexibles y de más fácil consecución que el RCUD ordinario. Es suficiente con recoger el propósito de entablar el recurso y con realizar una exposición sucinta de la fundamentación que se propone desarrollar, salvo que el supuesto que fundamente su planteamiento sea el referido a la dificultad de que la cuestión pueda acceder al RCUD ordinario. En este supuesto, como ya adelantamos, también debe dejarse constancia de esa dificultad.

Esta falta de formalidad rigurosa del escrito de preparación persigue, como nos adelanta el legislador en el Preámbulo de la LJS, lograr «una mayor celeridad en la unificación de doctrina y en temas que hasta ahora serían de muy difícil acceso a dicho recurso». En efecto, la dispensa del cumplimiento de los postulados propios del juicio de contradicción del RCUD ordinario constituye un medio idóneo para corregir esa situación.

Así pues, la contradicción exigida en esta modalidad del RCUD es mucho más limitada que la requerida para los ordinarios. Solo se extiende a las «circunstancias» concurrentes, aunque también deben ser sustancialmente iguales y en relación a la aplicación e interpretación de una mismas normas sustantivas o procesales.

Una vez que el recurso es preparado por la Fiscalía del TS ante la Sala de lo Social del TSJ, éste da traslado del mismo a todas las partes para que, en un plazo de cinco días, si así lo estiman pertinente, se adhieran al recurso.

Las partes adheridas al recurso, además, pueden, requerir al MF que interese la alteración de la situación jurídica particular resultante de la sentencia de suplicación recurrida. Para ello deberán precisar y trasladar el contenido de sus pretensiones a la Fiscalía para que ésta las formule en su nombre. Asimismo, también podrán preparar su RCUD ordinario, que se acumularía al anterior para su resolución conjunta en una misma sentencia.

Al finalizar este trámite de adhesión, los autos, los escritos y las actuaciones se elevan al TS. Éste emplazará a las partes no recurrentes para su personación en el plazo de diez días y, en su caso, para la pertinente acreditación de su representación.

En el TS se residencia la potestad de admitir la preparación de los recursos, así como su interposición y ante él también se tramitarán las impugnaciones.

El juicio de contradicción que llevará a efecto la Sala del TS para su admisión, como se ha indicado, es mucho más flexible y abierto. El legislador solo exige que las «circunstancias» sean sustancialmente iguales. No se

exige, pues, que los hechos, fundamentos y pretensiones sean sustancialmente iguales. El RCUD en defensa de la legalidad se configura ajeno a estos requisitos.

No obstante, la obligación de que sean «las circunstancias sustancialmente iguales» es confusa. No se logra aprehender la realidad a la que se refiere el legislador al utilizar ese término.

La RAE define el término «circunstancias», en su primera acepción como «accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho». Consiguientemente, el término «circunstancias» nos lleva a pensar en los hechos, en la realidad social que la norma modula que, en consecuencia, debe ser sustancialmente igual. En atención a éstas se identifica la norma sobre la que desplegará su eficacia la doctrina unificada que se pretende. Eficacia que solo afectará a las controversias en los que se manifiesten esas circunstancias (o esos hechos) y no a otros.

Como obligación adicional a la acreditación de esa sustancialidad idéntica de las circunstancias, y derivada de éstas de las normas aplicables a la controversia, el MF también deberá acreditar los siguientes extremos:

- a) La concurrencia de alguno de los supuestos que dificultan el acceso a la unificación de doctrina ordinaria;
- b) la infracción normativa que justifica el recurso y
- c) la necesidad de formar jurisprudencia sobre las normas cuestionadas.

Otro de los problemas que se suscitan en el presente recurso es identificar qué entiende el legislador cuando exige que existan resoluciones distintas «en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales». En una interpretación literal del artículo 219.3 LJS, y tal como sostiene doctrina autorizada⁹⁶², parece que el legislador orienta este recurso hacia la interpretación de la norma, más que a la selección de la misma, por lo que se debe prestar especial atención a los fundamentos jurídicos de las resoluciones distintas que suscitan la necesidad de este recurso.

Las actuaciones ulteriores se seguirán ante la Sala de lo Social del TS⁹⁶³ conforme a las reglas establecidas en los artículos 222 a 228 con las adaptaciones necesarias en atención a las especialidades de esta modalidad del RCUD.

⁹⁶² DESDENTADO BONETE, A., «Los recursos de casación en la LRJS...», cit. p. 15.

⁹⁶³ Obsérvese que la tramitación de este recurso difiere de la del RCUD ordinario, pues en este caso toda la tramitación (a diferencia de lo que acaecía con la LPL de 1995) tiene lugar en la Sala de lo Social del TS.

Dentro de las adaptaciones que han de deducirse de las reglas de procedimiento establecidas en los artículos 222 a 228 de la LJS hay que entender que el MF no debe emitir los informes que en el RCUO ordinario le es exigido tanto en la fase previa de admisión del recurso (art. 225.3 de la LJS), como en la fase de procedencia o improcedencia de la casación del artículo 226.3 de la LJS. Tal exigencia sería ociosa, pues no supone más que reiterar el contenido de los escritos de preparación e interposición del recurso. Quizás por ello no hay mención expresa en la ley procesal sobre tales extremos.

4.4 El escrito de solicitud a instancia de parte

La Instrucción 4/2012 ha previsto una serie de requisitos que han de exigirse al escrito de solicitud de interposición del RCUO en defensa de la legalidad que han de cursar las asociaciones profesionales y las entidades públicas ante la Fiscalía (y, tal como se indicó, tanto a la adscrita a la Sala de lo Social del TSJ como a la del TS). Tal exigencia lo fundamenta en que todas estas entidades «tienen sus servicios jurídicos o asesoramiento legal».

Los requisitos que la citada Instrucción 4/12 exige son los siguientes:

- a) Aportación de la sentencia que pretende ser recurrida.
- b) Justificación de su legitimación y de su legítimo interés en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa.
- c) Concreción de la cuestión que pretenden sea unificada.
- d) Manifestación de que no existe doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada.
- e) Manifestación de que no ha encontrado sentencias que reúnan los requisitos legales para interponer el RCUO ordinario.
- f) Justificación de que la cuestión tiene interés casacional mas allá de la infracción legal que se denuncia.
- g) Identificación del supuesto entre los tres previstos en el artículo 219.3 por el que consideran que pueda fundamentarse el recurso del MF. Ante el primer supuesto, deberán acompañar la sentencia (firme o con posibilidad de adquirir la firmeza en plazo legal) que consideren tiene un pronunciamiento contrario ante circunstancias sustancialmente iguales; en el segundo supuesto, deberán acreditar la dificultad de que la cuestión haya accedido a unificación de doctrina; en el tercer caso, manifestación de que no han encontrado resoluciones suficientes e idóneas que cumplen los requisitos del apartado 1 del artículo 219 LRJS.
- h) Fundamentación jurídica de la infracción legal que denuncian.

4.5 La sentencia

Los efectos de la sentencia dependerán de la adhesión o no de las partes al RCUD interpuesto por el MF:

a) En el supuesto de que las partes no se hayan adherido, la sentencia se limitará exclusivamente a fijar la doctrina unificada.

b) En el supuesto de que las partes se hayan adherido, la sentencia, además de los indicados, desplegará sus efectos sobre la situación jurídica particular creada por la sentencia de suplicación recurrida.

El fallo se publica en el *BOE*. Desde entonces la doctrina sentada tendrá la consideración de jurisprudencia (aunque no se reitere), complementando al ordenamiento jurídico y vinculará a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al TS.

La publicación no se ha llevado a cabo en ocasiones, como veremos, ante la reiteración de la doctrina en controversias sustancialmente idénticas.

5. BALANCE DE LA ENTIDAD CUANTITATIVA Y CUALITATIVA DEL RCUD INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

El reconocimiento al MF como parte recurrente del RCUD en defensa de la legalidad no ha tenido la operatividad esperada. El número de recursos ha sido muy inferior al que cabía esperar, dados los efectos positivos que de la doctrina unificada se derivan hacia la innegable disminución de la conflictividad.

No obstante, esta es una dinámica que también se ha observado en los RCUD ordinarios. La Instrucción núm. 6/2005, de 16 de junio, de la Fiscalía General del Estado, se hizo eco de esta realidad y manifestó, como no podía ser de otra manera, «el escaso resultado obtenido, en cuanto al número de recursos preparados y consecuentemente interpuestos por el MF». Por ello, la advertencia, sino temor, de que con el RCUD en defensa de la legalidad se podría abrir en exceso el RCUD, incrementando la carga de la Sala de lo Social, no se ha plasmado en la realidad⁹⁶⁴.

⁹⁶⁴ En este sentido, DESDENTADO BONETE, A., «Los recursos de casación en la LRJS y en el RD-ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2012, p. 3. También se refiere a la apertura de la casación ordinaria a los despidos colectivos «que puede desestabilizar la casación social por sobrecarga (p. 4).

Actuación endémica que viene de largo. También la Instrucción 4/2002, de 11 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, precisamente tuvo su causa en la necesidad de «activar, potenciar y mejorar el papel del Ministerio Público en la labor de unificación doctrinal» en la jurisdicción social. Se abogaba por que el Fiscal tuviera una «intervención más relevante». Se consideró que dada su naturaleza y funciones «se impone una presencia más activa» en aras a «lograr la homogeneización doctrinal en aquellas materias precisadas de ello». El recurso que nos ocupa constituye un medio hábil para ello, pues viene a complementar y a facilitar la consecución de los objetivos que la Fiscalía General del Estado promocionaba muchos años antes.

Aun así, esta posibilidad, como hemos indicado, ha sido muy poco utilizada. Son muy pocos los RCUD que en defensa de la legalidad se han interpuesto. Y los que se han interpuesto solo han aceptado a cuatro materias.

De la primera materia solo tenemos noticia de una sentencia. La relativa a la controversia que persigue precisar el contenido del escrito de impugnación del recurso de suplicación (STS de 15 de octubre de 2013). La segunda materia se ha visto afectada por el mayor número de recursos de esta índole. En todos ellos la doctrina unificada reconoce la competencia de la jurisdicción social en relación con las reclamaciones al FOGASA de los intereses de demora en el pago de salarios e indemnizaciones reconocidos por silencio administrativo (entre otras, SSTs de 3 de octubre de 2016, de 4 de octubre de 2016, de 26 de septiembre de 2017 y de 14 de diciembre de 2017). La tercera se ve afectada por dos sentencias, cuyos recursos son interpuestos a instancia del INSS (STS de 28 de enero de 2013 y 18 de septiembre de 2013). En éstas el TS precisa el alcance del cómputo de los días-cuota de los contratos a tiempo parcial a efectos de devengar las pensiones de Seguridad Social. Finalmente, la STS de 19 de julio de 2018 sienta doctrina casacional sobre uno de los supuestos a los que se refiere el artículo 219.3 para permitir la interposición del RCUD en defensa de la legalidad, específicamente, sobre la modernidad de las leyes.

6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2013 Y LA DOCTRINA DE LOS DÍAS CUOTA

La STS de 28 de enero de 2013, de Pleno, lo que ya da suficiente cuenta de su importancia, es la primera sentencia que resuelve un RCUD en defensa de la legalidad. El recurso se interpone a instancia del INSS que, obviamente, es entidad pública y cuenta con interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa de Seguridad Social. Específicamente, se interesa

que se fije el alcance de la doctrina de los «días cuota» para los trabajadores contratados a tiempo parcial y en relación a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

La Sala examina en el fundamento de derecho tercero de la sentencia si concurre el supuesto en el que se fundamenta la interposición de este recurso de unificación. Verifica el interés legítimo del INSS (lo que es obvio dadas las competencias que tiene atribuidas), la inexistencia de doctrina unificada en la materia, que el TSJ ha dictado pronunciamientos de signo distinto y que no existen resoluciones suficientes e idóneas sobre la cuestión debatida que permitan superar el juicio de contradicción conforme a los requisitos del artículo 219.1 LJS. Requisito este último que deriva, incluso, de un hecho notorio, como es que son múltiples las STS que no han admitido los RCUD planteados por la falta del requisito de contradicción. Situación que entronca y choca con la tesis que considera que el presente recurso no es de carácter subsidiario. En este supuesto sí parece que tiene este carácter.

Así mismo, aunque la cuestión no deriva de la aplicación de una nueva norma, pues el conflicto se suscita sobre la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 140.1 de la LGSS de 1994⁹⁶⁵, la juventud de la norma se examina conectando el precepto con la reforma operada de los apartados 1 y 3 de dicho precepto por la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, y con el hecho de haberse interpuesto la demanda en el año 2010, sin haber transcurrido más de cinco años.

El recurso se interpone frente a una STSJ de Andalucía que desestimó el recurso del INSS y confirmó la sentencia de instancia que había estimado la demanda de la actora y declarándole afecta a una incapacidad permanente absoluta (frente a la total que le fue reconocida en fase administrativa) también le reconoció el derecho a la base reguladora superior que pretendía.

La actora prestaba servicios por cuenta ajena como peón agrícola y a tiempo parcial y estaba afiliada al Régimen Especial de la agricultura de trabajadores por cuenta ajena. El aumento de la base reguladora le fue concedido con la proyección de la vieja doctrina de los «días cuota».

La «doctrina de los días cuota», como se recordará, se remonta a la STS de 10 de junio de 1974, que fija su concepto y aplicabilidad, pero para los trabajadores contratados a tiempo completo y respecto a la pensión de jubilación. A ésta siguieron múltiples sentencias que perfilaron y desarrollaron esa doctrina y la extendieron a los contratados a tiempo parcial y a otras prestaciones.

⁹⁶⁵ El artículo 140 de la LGSS de 1994 se ocupaba de establecer las normas para la determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes.

La doctrina de los «días-cuota» se asentaba en la ficción de entender como días cotizados los que se corresponden proporcionalmente a las pagas extraordinarias. De esta forma se beneficiaba el acceso a la pensión de jubilación. Beneficio muy relevante para los trabajadores contratados a tiempo parcial. Pero solo lo extendía a ese efecto. Esta doctrina no reconocía beneficio alguno para el cálculo de la base reguladora. Sencillamente, para evitar una duplicidad de cómputo, pues la cotización de las pagas extraordinarias ya se integra en la cotización mensual.

Frente a esta doctrina jurisprudencial reaccionó el legislador. Con la Ley 40/2007 la desautoriza, dotando de un nuevo contenido al artículo 161.1.b) de la LGSS de 1994. Con la reforma se crea una distinta regla, más restrictiva, para determinar quiénes pueden ser beneficiarios de una pensión de jubilación contributiva. En efecto, a partir del 1 de enero de 2008, «a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias»⁹⁶⁶. Consiguientemente, a partir de entonces queda extinguida la posibilidad de aumentar la determinación del período de carencia para la pensión de jubilación en atención a los días cuota correspondientes a las pagas extraordinarias.

Previamente se había suscitado una controversia respecto de un período anterior a la ley, pero con resolución posterior a la misma. La STS de 25 de junio de 2008 proyecta la indicada doctrina de los «días-cuota» a la pensión de incapacidad permanente y a los trabajadores a tiempo parcial, computándolos específicamente para completar el período de carencia, pues «resulta evidente que dicha doctrina le es igualmente aplicable».

Como se ha indicado al referirnos al *iter* procesal de la presente sentencia, en instancia se estimó la demanda de la actora. El razonamiento realizado fue muy simple. Además, es un razonamiento muy recurrente, el de exclusión, esto es, no aplicar la norma a una realidad social no prevista expresamente por ella. Así, partiendo del hecho de que la reforma operada por la Ley 40/2007 solo afectaba al artículo 161 de la LGSS de 1994, esto es, a la pensión de jubilación contributiva y solo en el aspecto al que explícitamente se refería, a la prohibición del cómputo de días cuota por pagas extraordinarias para la consecución de la carencia necesaria, lo no previsto, las incapacidades permanentes, no se veían afectado por la reforma. En consecuencia, ante el silencio del legislador, que no dispuso lo mismo para las incapacidades permanentes y el artículo 140.1 de la LGSS de 1994 no sufrió modificación alguna, para estas pensiones seguía vigente la doctrina de los «días cuota».

⁹⁶⁶ Regla aplicable a los Regímenes Especiales a tenor de la Disposición Adicional 8 de la Ley 40/2007.

Con estos antecedentes judiciales y normativos, sumariamente indicados, la presente STS de 28.01.13 reacciona contundentemente y revoca la sentencia de suplicación que confirmó la de instancia. La Sala a la sentencia de instancia, que no frente a la de suplicación, le reprocha que haya abierto «un nuevo cauce imaginario» para construir «una maniobra compensatoria de la reforma operada por la norma, llevando a la base reguladora lo que ya no se puede aplicar como mejora sobre la legalidad en orden a la carencia». Es decir, para la Sala lo que la sentencia de instancia realizó fue «inaugurar un argumento exactamente a la medida de lo contrario de lo buscado por el legislador».

No obstante, la sentencia de instancia no iba mal encaminada. El reproche debería haberse realizado al legislador que negligentemente omitió en su reforma la ampliación de su previsión a todas las pensiones del sistema de la Seguridad Social. El Magistrado de instancia aplicó la Ley. En nuestra opinión el razonamiento de la sentencia de instancia no hace sino aplicar una interpretación «por exclusión» que es utilizado en numerosas ocasiones por la Sala de lo Social, entre otras muchas, en la citada sentencia de 25 de junio de 2008. Sentencia con la que delimitó el ámbito de aplicación del antiguo artículo 140.1 de la LGSS de 1994, manifestando que la doctrina de los días cuota «sigue plenamente vigente para la determinación del período de carencia de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común».

La Sala estima el RCU en defensa de la legalidad. Y tal como corresponde a la finalidad del recurso, sienta doctrina en su fallo:

a) Al exclusivo objeto de obtener la carencia exigible para poder acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, sigue vigente la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias, de forma que, a los mencionados efectos de cómputo carencial, el año no consta solo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias;

b) Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, dicha doctrina ya no resulta aplicable en cuanto se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación;

c) No debemos modificar, con pretendido fundamento en dicha Ley 40/2007, la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días-cuota a efectos del cálculo de la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización.

En el último párrafo de la sentencia en expresión que se reitera en las siguientes que resuelven los recursos sobre esta materia, aunque no en todos, como veremos, se ordena la publicación del fallo en el *BOE* y, reproduciendo el mandato del legislador, especifican que «a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes del Tribunal Supremo».

Aunque no se diga en la sentencia, del contenido de su fallo se deduce que el INSS no solo insta la preparación del recurso en defensa de la legalidad, también interesa del MF que el recurso se interponga con la pretensión de que la sentencia que se dicte afecte a la situación jurídica conformada por la sentencia recurrida. Y así se hace, la sentencia de casación revoca la sentencia de suplicación y la de instancia.

A esta sentencia siguieron otras dos más sobre la misma cuestión: la STS de 17 de abril y 18 de septiembre de 2013. Ambas, naturalmente, estiman los RCU en defensa de la legalidad interpuestos por el MF a instancia del INSS y ambas transcriben la doctrina jurisprudencial sentada por su precedente, la STS de 28 de enero de 2013 y ambas afectan a la relación jurídica conformada por la sentencia recurrida.

Finalmente, un último apunte. La materia sobre la que surge la doctrina de casación indicada no ha perdido actualidad. La reciente STC 91/2019, de 3 de julio, de Pleno, declara inconstitucional el precepto⁹⁶⁷ que establecía la regla de determinación de la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. La sentencia contiene dos pronunciamientos importantes: uno, que se vulnera el derecho a la igualdad frente a los trabajadores que prestan sus servicios a tiempo completo al carecer esta regla de una justificación objetiva y razonable y, otro, que la disposición es inconstitucional porque suponía, además, una discriminación indirecta por razón de sexo habida cuenta que estadísticamente las mujeres constituyen el colectivo que más presta sus servicios a tiempo parcial. Argumento sostenido en múltiples sentencias anteriores.

⁹⁶⁷ Nos referimos a la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la LGSS de 1994, en la redacción dada al precepto por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. A saber: «c) El tiempo de cotización que resulte acreditado conforme a lo dispuesto en el apartado b) de la regla segunda se computará para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pueda resultar se computará como un año completo».

7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE OCTUBRE DE 2013 Y EL ESCRITO DE IMPUGNACIÓN DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

El origen de esta controversia tiene lugar con una sentencia del Juzgado de lo Social de Figueras que declaró extinguida la relación laboral y estimó parcialmente la reclamación de cantidad del actor condenando a una de las empresas demandadas. Frente a ésta interpuso recurso de suplicación solo el trabajador.

No obstante, la sentencia del TSJ de Cataluña desestima el recurso del actor y estima parcialmente, tal como se dice en la sentencia, «las pretensiones expuestas en el escrito de impugnación presentado» por la empresa condenada, reduciendo los importes de la indemnización a percibir y de la reclamación de cantidad.

Frente a esta sentencia, el MF de oficio interpone RCUD en defensa de la legalidad ante el hecho de que no existe doctrina unificada sobre la materia litigiosa, esto es, sobre el alcance del escrito de impugnación del recurso de suplicación y porque la norma aplicada, el artículo 197.1 de la LJS, es de reciente vigencia, específicamente, de enero de 2012.

El actor se adhiere al RCUD y solicita del MF que interese la alteración de su situación jurídica particular creada por la sentencia de suplicación recurrida. La empresa impugna el RCUD.

El RCUD se plantea por considerar que se infringe el artículo 197.1 de la LJS por interpretación errónea. Específicamente, se precisa que se debe sentar doctrina unificada con la que concretar qué ámbito de actuación tienen las partes recurridas con su escrito de impugnación del recurso de suplicación. Específicamente, se plantea si en el escrito se pueden incluir pretensiones diferentes a la alegación de «motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias, aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia».

El escrito de impugnación de la empresa en el presente supuesto trasciende claramente el cauce descrito por el legislador en la LJS al incluir pretensiones novatorias del fallo. Y la sentencia de suplicación recurrida cuando las estima parcialmente, rebajando la cuantía de la condena, da viabilidad a una práctica que debía cerrarse en interés social. La fiscalía entiende acertadamente que tal proceder no se ajusta a la letra y finalidad de la LJS e interponer el recurso.

La Sala Cuarta del TS aplica doctrina del TC sentada en su sentencia 277/02, de 9 de diciembre. Su claridad, calidad y contundencia merece su transposición: «el contenido del escrito de impugnación del recurso de suplicación queda limitado a combatir el escrito de interposición del recurrente,

pero no permite introducir peticiones distintas a su inadmisión o desestimación, toda vez que... lo que se impugna es el recurso de suplicación interpuesto de contrario, no la sentencia, lo cual –como apunta el Ministerio Fiscal en sus alegaciones– resulta absolutamente comprensible, pues si se admitiera que el escrito de impugnación fuera cauce para instar la condena de quien ha resultado absuelto, se estaría dando lugar a un nuevo recurso no previsto legalmente y distorsionador del sistema impugnatorio establecido en la Ley»⁹⁶⁸.

La práctica forense exige que la parte condenada si pretende una modificación del fallo debe interponer un recurso de suplicación. Interpuesto éste es lógico que en coherencia en el escrito de impugnación del recurso de suplicación frente al de impugnación del recurso interpuesto de contrario reitere la pretensión de su recurso. Pretensión que no podría realizar si no se apoya en el recurso interpuesto por ella. Así, si la pretensión se estimase no lo sería porque ésta se recoge en el escrito de impugnación, sino porque se articula en el recurso por ella interpuesto.

La doctrina que sienta la Sala de lo Social, y que fundamenta hasta con siete sólidos argumentos, es la siguiente:

«Que en el escrito de impugnación del recurso de suplicación el impugnante puede limitarse a oponerse al recurso de suplicación o puede alegar motivos de inadmisibilidad del recurso, rectificaciones de hechos y causas de oposición subsidiarias» y que en dicho escrito únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida. En modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada.

El fallo de la sentencia de casación también afecta a la situación jurídica de la sentencia de suplicación recurrida, que revoca, confirmando la sentencia de instancia.

8. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE OCTUBRE DE 2016 Y LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES DEL PAGO DE INTERESES POR PARTE DEL FOGASA

La STS de 3 de octubre de 2017 resuelve el RCU en defensa de la legalidad interpuesto de oficio por el MF. Es la primera sentencia que reco-

⁹⁶⁸ Con mayor flexibilidad la STS de 21 de septiembre de 2005 admitió que en el escrito de impugnación del recurso se alegase la excepción de prescripción.

noce la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las reclamaciones de intereses de demora por el retraso en el pago de las prestaciones del FOGASA.

A ésta sentencia le siguen otras catorce más con la misma fundamentación y fallo⁹⁶⁹. Todas ellas se plantean frente a sentencias de suplicación emanadas de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana.

Ello explica que algunas de estas sentencias, como la de 14 de diciembre de 2017, recoja dentro de su fundamentación jurídica que deviene innecesaria la publicación de su fallo en el *BOE*, dado que la doctrina sentada en sentencias anteriores ha sido objeto de publicación. En otras sentencias, no solo no requieren la publicación en el *BOE*, ni siquiera se justifica por qué no se cumple con este mandato del legislador, aun siendo obvio.

En ninguna de estas sentencias se indica si el RCUD en defensa de la legalidad ha sido interpuesto a instancia de parte, de un sindicato. No obstante, así podría haberse iniciado, pues los recursos se interponen en un corto espacio de tiempo y frente a sentencias de suplicación reiteradas emanadas de una misma Sala y provenientes de una misma localidad y, además, los abogados que representan a las partes en los primeros recursos son los mismos. A ello se une que las primeras sentencias resuelven controversias que afectan a un grupo de trabajadores.

Fuera como fuese, sí se deja constancia de que los trabajadores en todos los recursos se adhieren al recurso interpuesto por el MF.

La controversia no es compleja. Surge a raíz de la solicitud de pago que los trabajadores giran al FOGASA conforme al artículo 33 del ET por los salarios y las indemnizaciones no abonadas por la empresa insolvente. Consideran que transcurridos tres meses desde su solicitud⁹⁷⁰ debe entenderse estimada en aplicación del artículo 43.1 de la Ley 30/1992⁹⁷¹ ya que el FOGASA es una

⁹⁶⁹ Las STS son las siguientes: año 2016, las de 3, 4 y 6 de octubre de 14 y 26 de septiembre; en el año 2017, las de 14 y 26 de septiembre, 10 de octubre, dos más del día 22 y una del 29 de noviembre y 14 de diciembre; y en el año 2018 la de 13 de marzo y 9 de octubre.

⁹⁷⁰ El artículo 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, establece un plazo máximo de tres meses para dictar resolución en primera instancia, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud.

⁹⁷¹ El artículo 43.1 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 25/09, sobre Libre acceso a actividades y Servicios., dice: «1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

de las entidades comprendidas en el artículo 2.2 de la citada norma⁹⁷². Y transcurridos treinta días desde que se entiende estimada por silencio positivo, si la deuda no se abona, empieza a generar intereses moratorios. Estos son los que se reclaman ante el Juzgado de lo Social, impugnando la resolución desestimatoria del FOGASA a la solicitud realizada en este sentido con el valor de reclamación administrativa previa. El Juzgado de lo Social acuerda su incompetencia mediante Auto. Éste es recurrido en suplicación por el MF y el TSJ también por Auto confirma la resolución del Juzgado. Frente a estos Autos se interponen los RCU en defensa de la legalidad.

La cuestión que resuelve el TS es si el orden jurisdiccional competente para reconocer de estas reclamaciones de intereses es el contencioso administrativo como sostienen las resoluciones recurridas o, por el contrario, como postula el MF y los trabajadores, la jurisdicción social. El precepto que se precisa interpretar y sobre él sentar doctrina unificada es el artículo 2.º) de la LJS⁹⁷³.

El TS como corresponde fiscaliza el cumplimiento de los requisitos del artículo 219.3 en la fase de admisión del recurso. Y así lo estimó en atención a dos criterios: uno, porque «nunca se había suscitado con anterioridad la cuestión ahora planteada» ni relativa a la LPL de 1995 ni al texto vigente y, otro, porque la norma en conflicto presenta una vigencia inferior a cinco años, atendiendo a la fecha de entrada en vigor de la LJS. Aunque desconocemos la fecha de interposición de la demanda, sí se nos facilita que el Juzgado de lo Social mediante Auto del 2014 acordó su incompetencia.

Las sentencias, a solicitud de las partes, alteran la situación jurídica particular de todos ellos. Casan y anulan la sentencia recurrida y la sentencia de suplicación de la que traen causa y revocando el Auto del Juzgado de lo Social devuelven las actuaciones para que se siga el procedimiento conforme a la doctrina casacional que sientan: la declaración de competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las reclamaciones por intereses de demora en las prestaciones del FOGASA.

En el apartado 3.a) del precepto indicado, se condiciona el sentido de la resolución expresa tardía, pues «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

⁹⁷² La STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de febrero de 2012 precisó que el silencio administrativo pueda tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico.

⁹⁷³ El artículo 2.º) residencia en el orden jurisdiccional social el conocimiento de las reclamaciones «contra las Administraciones Públicas, incluido el Fondo de Garantía Salarial, cuando les atribuya responsabilidad el legislador».

9. LA STS DE 19 DE JULIO DE 2018 Y LA DOCTRINA CASACIONAL QUE SIENTA Y EL PRESUPUESTO DEL ARTÍCULO 219.3 SOBRE LA RECIENTE VIGENCIA DE LA NORMA EN CONFLICTO

La STS de 19 de julio de 2018 es peculiar frente a las que nos hemos referido anteriormente. Constituye una clara manifestación de la posibilidad que aventuraba Desdentado⁹⁷⁴: que con el nuevo RCUd en defensa de la legalidad podría concurrir una «encrucijada de pretensiones impugnatorias». Y así ha sido, pues ante el TS en la presente controversia confluyen los recursos del MF y el de la empresa, que se acumulan.

El supuesto de hecho origen de esta sentencia es engorroso. Se plantea frente a resoluciones judiciales firmes en incidente de ejecución de sentencia, «entremezclándose pronunciamientos ordinarios con otros concursales» y en un contexto de privatización, de sucesión de empresa y de solicitud de acumulación del RCUd con otros precedentes en los que se ven implicados, como recurrentes, otros compañeros de trabajo.

En efecto, el conflicto se suscita en el marco de un concurso en el que un Auto del Juzgado de lo Mercantil declara la extinción de los contratos de trabajo de un número importante de trabajadores. Y también se ven afectados los tres actores que previamente instaron papeleta de conciliación y, posteriormente, (también al indicado Auto), demanda declarativa de derechos con la pretensión de que se declarase cesión ilícita y les reconociese la condición de trabajadores de una empresa integrante de un grupo de empresas patológico.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda. El TSJ del País Vasco estimó el recurso de suplicación de los trabajadores, reconociendo la condición de empresario real a una de las empresas del grupo y el derecho de los trabajadores a integrarse en su plantilla.

En un segundo conflicto, simultáneo al anterior, el TSJ del PV desestima el recurso de suplicación interpuesto por los trabajadores frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil que declaró la extinción de los contratos.

Así mismo, se suscita un tercer conflicto, de incidente de ejecución de la sentencia declarativa de derechos. En éste el TSJ del PV procede a la ejecución de la sentencia declarativa de derechos dictada por la Sala, al estimar el recurso de suplicación interpuesto por los trabajadores frente al Auto desestimatorio de ejecución provisional del Juzgado de lo Social. Consiguientemente, la Sala reconoce a los trabajadores el «derecho a integrarse en la plantilla» de la empresa real.

⁹⁷⁴ Véase, DESDENTADO BONETE, A., «Los recursos de casación en la LRJS...», cit. p. 16.

Posteriormente, los trabajadores ante el Juzgado de lo Social solicitan la ejecución definitiva de esta sentencia estimatoria de suplicación. El Juzgado de lo Social dicta Auto desestimando la pretensión de ejecución al considerar que el Auto del Juzgado de lo Mercantil había extinguido los contratos de trabajo con anterioridad a la STSJ del País Vasco estimatoria de la demanda declarativa de derechos. El TSJ revoca ese Auto y estima el recurso de suplicación de los trabajadores, pues considera que el Auto del Juzgado de lo Mercantil extintivo de sus contratos de trabajo no limita el alcance de su sentencia estimatoria declarativa del derecho a integrarse en la empresa del grupo que no ha desaparecido, ni ha sido liquidada y constituye el empresario real.

El hecho relevante para el TSJ del PV para estimar la pretensión declarativa de derechos de los trabajadores es que la papeleta de conciliación se presentó con anterioridad al Auto del Juzgado de lo Mercantil «por lo que es evidente que el objeto litigioso no desaparece»⁹⁷⁵ y procede su ejecución definitiva.

Frente a esta sentencia se interpone RCUD por la empresa, así como por el MF. No consta que la empresa se haya adherido a éste. Los trabajadores naturalmente no se adhieren. No consta si se han opuesto.

Lo que si consta es que los trabajadores al amparo del artículo 234 LJS solicitan al TS la acumulación de estos dos RCUD con otros planteados previamente por otros compañeros del mismo grupo empresarial. El TS rechaza la acumulación pretendida por los trabajadores con dos argumentos: porque ninguno de los ponentes de los anteriores recursos ha propuesto de oficio la acumulación y por la necesidad de proceder a un examen individualizado del requisito de la contradicción (art. 219.1 LJS) en cada uno de los recursos que, deducimos, no se lleva a cabo en el escrito de solicitud de acumulación.

La empresa a la que se reconoció la condición de empresario real es la única del grupo que interpone el RCUD, pues es la única condenada. Considera que la sentencia declarativa de derechos del TSJ ha vulnerado el efecto de cosa juzgada de la sentencia mercantil y que la otra STSJ que estima el recurso de los trabajadores sobre la ejecución definitiva provoca una ejecución *ultra vires* vulneradora de los artículos 18.2 LOPJ, 24.1 CE y 241.1 LJS.

⁹⁷⁵ Y, salvadas, las distancias, también considera aplicable la doctrina del TS que, en el marco de una cesión ilícita, reconoce el derecho a la integración de plantilla en empresa distinta a la que formalmente aparece como tal, pese a haber sido despedido por ésta tras la interposición de la papeleta de conciliación.

La empresa alega que la ejecución de la sentencia tuvo lugar. Que se «integró» a los trabajadores y la relación laboral estuvo vigente hasta el Auto del Juzgado de lo Mercantil que procede a la extinción de los contratos y que es imposible que una resolución judicial posterior a otra que declara la extinción de los contratos pueda resucitar esa relación laboral.

El recurso de la empresa se inadmite ante la ausencia de contradicción con las sentencias referenciadas en el recurso.

El MF en su recurso defiende, con los mismos argumentos del voto particular de la resolución recurrida, que constituyeron los argumentos de la empresa, que la STSJ del PV recurrida vulnera los artículos 18.2 de la LOPJ y 241.1 de la LJS.

El MF interpone el recurso ya que no existe doctrina unificada, no es posible cumplir con la exigencia de contradicción del artículo 219.1 LJS y porque el conflicto se suscita en torno al artículo 241.1 LJS, norma de reciente vigencia.

El recurso del MF también se inadmite. Y se inadmite porque no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 219.3 de la LJS y, específicamente, el de modernidad de las leyes.

Para determinar si concurre este presupuesto la Sala tiene que identificar la fecha *a quo*, y para ello cuenta con las dos posibilidades que indica: una, la de la presentación de la papeleta de conciliación y, otra, la fecha en la que se insta la ejecución de la sentencia declarativa ante el Juzgado de lo Social. Entre ambas en una «interpretación más favorable *pro* recurso» opta por la primera fecha, «puesto que en ella la vigencia inferior a cinco años» (de la LJS) es más fácil de cumplir que en la segunda.

Durante toda esta sucesión de reclamaciones, demandas, procesos, resoluciones judiciales de distintos órdenes, recursos e incidentes de ejecución, se promulgó y entró en vigor la LJS. La infracción normativa que se defiende por los recurrentes es la del artículo 241.1 LJS.

Pese a que el recurso se desestima la STS sienta doctrina de importancia en torno a cómo debe interpretarse el presupuesto de la modernidad de las leyes establecido en el artículo 219.3 LJS.

Para este supuesto concreto la sentencia sostiene que la LPL de 1995 contenía un precepto con una previsión similar a la del artículo 241.1 LJS. Y ello tiene su incidencia. Veámoslo:

El artículo 241.1 de la LJS dice que «la ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta».

El artículo 235 de la LPL de 1995 disponía que «las sentencias firmes se llevarán a efecto en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios verbales».

La STS utiliza al término «similar» y no «igual» por su precisión, porque, en efecto, entre uno u otro precepto se produce un cambio en su contenido: el artículo 241.1 LJS utiliza el término «título» y no el de «sentencia» como el derogado artículo 235 LPL de 1995.

No obstante, la conclusión que adopta, y que compartimos, es que en el vigente artículo 241.1 LJS no concurre «nada que podamos identificar con una novedad normativa, máxime cuando aquí se trata de ejecutar una sentencia (como decía la LPL y, desde luego, contempla la LJS dentro de su nueva terminología)».

En consecuencia, la doctrina que sienta es que «cuando una norma es replicada en sus propios términos por un nuevo cuerpo no cabe reabrir el plazo quinquenal de referencia». Tampoco, si los términos utilizados integran en su ámbito de aplicación los contenidos en la norma sustituida.

De esta forma aplica para la solución del presente conflicto la doctrina sentada en torno al alcance de las normas convencionales y las exigencias del principio de contradicción en el RCUD, cuyo cumplimiento, como es sabido, pasa por acreditar la plena identidad de las regulaciones, aunque los convenios colectivos sean distintos.

Como la sentencia inadmite el recurso la doctrina de casación que sienta no cuenta con el valor con el que el legislador imprime a las sentencias estimatorias del RCUD en defensa de la legalidad y, por supuesto, no se publica en el *BOE*. La situación jurídica de las partes no ve afectada y, por supuesto, se confirma su derecho al reingreso en la empresa condenada del grupo.

CAPÍTULO XIV

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA SENTENCIA DICTADA EN RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. *Aproximación introductoria a la forma y contenido de la sentencia: especial referencia a los posibles pronunciamientos en la resolución del recurso.*–2. *La (de)limitación de la eficacia de la sentencia dictada en unificación.*–3. *La introducción de cuestiones nuevas en el ámbito casacional y sus efectos en la sentencia.*–4. *El alcance de la función unificadora de la sentencia decisoria del recurso.*–5. *La problemática en el establecimiento de la doctrina unificadora: opciones de mera selección vs. recreación doctrinal.*

1. APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA A LA FORMA Y CONTENIDO DE LA SENTENCIA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS POSIBLES PRONUNCIAMIENTOS EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

Superada la fase de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina⁹⁷⁶, la sentencia que proceda a estimar o desestimar la pretensión casacional debe ser dictada en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la celebración de la votación, según prescribe el artículo 227 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS)⁹⁷⁷. Lo que debe ser puesto en inmediata conexión con la advertencia de que precisamente los plazos señalados para dictar resolución constituyen la excepción que escapa a la regla general establecida en el artículo 43.3 LRJS, según el cual, «todos los plazos y términos son perentorios e improrrogables». Para dictar las sentencias que recaen en los recursos de casación para la unificación de doctrina, al igual que ocurre en el caso de los de régimen ordinario, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se forma con cinco Magistrados, actuando como presidente el más antiguo en la Sala. En todo caso, y en virtud de lo previsto en el artículo 197 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), se celebra al menos una vez al mes un pleno para la decisión de determinados recursos de casación para la unificación de doctrina, así como de casación clásica, bien porque se haya producido una contradicción entre resoluciones dictadas por la Sala, bien porque se trate de un asunto cuya importancia así lo aconseje, o bien porque se estime necesario cambiar la doctrina de la Sala⁹⁷⁸.

En el plano formal, lo cierto es que las sentencias unificadoras no difieren de lo prescrito con carácter general en el artículo 248.3 LOPJ, en el sentido de que se formulan expresando «tras un encabezamiento, en párrafos separados y

⁹⁷⁶ El artículo 225 LRJS alude específicamente a las siguientes causas de inadmisión incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso, la carencia sobrevenida del objeto del recurso, la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales. Estimada por la Sala la concurrencia de alguna de tales causas, declarará la inadmisión y la firmeza de la resolución recurrida mediante auto contra el que no cabe recurso alguno. Dicho auto puede comportar, en su caso, la pérdida del depósito constituido, dándose a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, de acuerdo con la sentencia de suplicación.

⁹⁷⁷ Según precisa el apartado segundo de dicho precepto, siempre que lo aconseje la trascendencia o complejidad del asunto, el Presidente puede acordar –por sí mismo o a propuesta de la mayoría de los Magistrados de la Sala– que ésta se constituya con cinco Magistrados o, motivadamente, en Pleno.

⁹⁷⁸ Acuerdo de 28 de noviembre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2019.

numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo». Por su parte, el artículo 97.2 LRJS se refiere específicamente a la forma de la sentencia en el ámbito procesal laboral, disponiendo que la resolución debe expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso, así como fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo. Respetando tales requisitos formales y de fondo, la sentencia que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina combina en su contenido la afectación a situaciones jurídicas individualizadas con un alcance propiamente doctrinal, al determinar la doctrina correcta en la interpretación y aplicación de la ley, a la que se llega a través del examen comparativo de las contenidas en las sentencias alegadas como contradictorias. No en vano, se ha afirmado que el recurso de casación para la unificación de doctrina tiende fundamentalmente a garantizar la homogeneidad de la doctrina de los Tribunales laborales y la primacía jurisdiccional del Tribunal Supremo, al pretender garantizar la interpretación uniforme de la ley y evitar la dispersión doctrinal que podría derivarse de la existencia de varios Tribunales Superiores (cfr. STC 40/2014, de 11 de marzo).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha insistido en su libertad a la hora de resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina, si bien limitándose a examinar las infracciones legales denunciadas y sin que sea posible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario. Y es que el Alto Tribunal no puede *ex officio* sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la resolución recurrida [STS de 26 de marzo de 2019 (rec. núm. 3351/2017)]. Dictada la sentencia, ésta adquiere firmeza, sin que quepa interponer recurso, excepción hecha de los supuestos en que se inste la revisión de la sentencia o la nulidad de actuaciones, o bien se decida interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El pronunciamiento de la sentencia puede ser desestimatorio y, por tanto, confirmar la sentencia recurrida cuando considere que ésta contiene la doctrina adecuada (art. 228.3 LRJS), o bien estimatorio si se aprecia que la impugnada quebranta la unidad de doctrina. En este último caso, procede a casar y anular dicha resolución, al tiempo que resuelve el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad doctrinal, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia que fue recurrida (art. 228.2 LRJS). El quebrantamiento de la unidad de doctrina implica no solo que la sentencia impugnada resultaba contraria con otras, sino que también era incorrecta a la luz de la interpretación de las normas aplicables que se establez-

can en la sentencia de unificación⁹⁷⁹. Si el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre un determinado asunto, la doctrina se encuentra ya unificada y fijada, de modo que no es necesaria una nueva declaración al respecto, salvo que el Alto Tribunal aprecie la concurrencia de condiciones especiales que justifiquen un cambio de criterio. Si, además, la decisión de la sentencia impugnada coincide con esa doctrina, el recurso no responde a los fines esenciales de este excepcional medio impugnatorio, siendo innecesario al carecer de contenido casacional [ATS de 7 de julio de 2005 (rec. núm. 4470/2004)]. Ahora bien, puede darse el supuesto de que el paso siguiente a la casación y anulación de la sentencia recurrida no consista en la resolución del debate suscitado en suplicación con pronunciamiento ajustado a la unidad, sino en devolver las actuaciones a la Sala de segundo grado, para que se pronuncie al respecto. Y ello cuando la doctrina unificada se limite a la determinación de la legalidad realmente aplicable, pero no a las cuestiones fácticas y jurídicas que el recurso introduce y que no obtuvieron respuesta [STS de 24 de septiembre de 2001 (rec. núm. 3190/2000)].

En todo caso, conviene recordar que, aunque la sentencia habitualmente se pronuncia sobre el fondo de la cuestión contradictoria que plantea el recurrente, es posible también que se limite a constituir una resolución meramente procesal que no entra en la cuestión debatida. Tal es el caso cuando declare, por ejemplo, la nulidad de actuaciones –si considera que la sentencia recurrida incurre en infracción procesal no advertida hasta ese momento, pudiendo incluso declarar la de oficio por falta de jurisdicción o competencia funcional (art. 240.2 LOPJ)– o la inadmisión del recurso, bien por falta de contradicción entre las sentencias objeto de comparación [*vid.* por todas, STS de 15 de febrero de 2018 (rec. núm. 1302/2016)], bien por incumplimiento procesal grave en la tramitación del recurso y que resulta estimado en el momento de dictar resolución decisoria⁹⁸⁰. En tales supuestos, al hacerse por sentencia, la inadmisión se convierte para el Tribunal Supremo en desestimación del recurso [STC 29/1998, de 11 de febrero], adquiriendo firmeza la resolución recurrida. A título ilustrativo, cabe citar la STS de 10 de octubre de 2017 (rec. núm. 3931/2015), en la que la Sala Cuarta consideró que la sentencia invocada como sentencia de contraste no resultaba idónea, por no haber sido citada en ninguno de los escritos previos que pudieran ser tenidos como de preparación del recurso, incumplién-

⁹⁷⁹ GOERLICH PESET, J. M., «Los recursos de casación: casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina», en AA. VV., *El proceso laboral*, Blasco Pellicer, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1879.

⁹⁸⁰ AGUSTÍ JULIÁ, J., «Del recurso de casación para la unificación de doctrina», en AA. VV., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Folguera Crespo, J. A., Salinas Molina, F., Segoviano Astaburuaga, M. I. (dirs.), Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 874 y 875.

dose así el requisito enunciado en el artículo 224 LRJS. Y es que no pueden ser válidamente invocadas en el escrito de interposición las sentencias que no hayan sido identificadas en la preparación del recurso de casación. Dicho defecto procesal resulta insubsanable y conlleva la desestimación del mismo.

Tal y como se colige de lo recién expuesto, la comprobación de los presupuestos procesales exigidos para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina puede siempre abordarse o reemprenderse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte. Así lo ha defendido el Tribunal Constitucional, al aseverar que la resolución preliminar de admisión no precluye que las partes personadas o el Ministerio Fiscal denuncien los defectos insubsanables de los que pudiera adolecer el recurso en la primera ocasión en que se les faculta para hacerlo, pues de lo contrario se privaría al proponente de ejercer su derecho a oponer todas aquellas objeciones procesales que convengan a su defensa, ni tampoco el deber del órgano judicial de examinarlos de oficio (STC 132/1997, de 15 de julio).

Pero no es el artículo 228 LRJS el único precepto referido expresamente a la sentencia que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina. El artículo 219.3 LRJS, en el contexto de la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer el recurso⁹⁸¹, atribuye a la sentencia estimatoria, junto a la fijación de la doctrina jurisprudencial, la posibilidad de afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubiesen adherido al mismo. En defecto de solicitud de parte o en el supuesto de que las partes no hubiesen recurrido, la sentencia ha de respetar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, debe fijar en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, el fallo es publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, complementando el ordenamiento jurídico y vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo. Por

⁹⁸¹ Recurso que ha sido calificado como «mixto de unificación de doctrina y de interés de ley». DESDENTADO BONETE, A., «Los recursos de casación en la LRJS y en el RD-ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2012 [BIB 2012/3089]. Dicho recurso procede cuando, sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se han dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales, así como cuando se constata la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia y no existiesen aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas.

otra parte, la LRJS también se refiere a la sentencia decisoria del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando se alegue como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España. En tales casos, la resolución que resuelva el recurso ha de limitarse, en el punto de contradicción relativo a la tutela de derechos y libertades, a conceder o denegar la protección del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado (art. 219.2 LRJS).

En cuanto a los efectos accesorios de la sentencia, procede remitirse, de nuevo, al artículo 228 LRJS. El tercer apartado del precepto, referido a la desestimación del recurso, dispone que éste acarrea la pérdida del depósito para recurrir y dispone la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados de acuerdo con sus pronunciamientos. El mismo artículo legal señala en el apartado segundo y, por tanto, en el ámbito del pronunciamiento estimatorio, que «se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe».

El artículo 229 LRJS fija el depósito en seiscientos euros a consignar por todo aquel que, sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, prepare el recurso en cuestión. No está de más recordar el aval constitucional con el que ha contado tradicionalmente dicha exigencia. En este sentido, se ha mantenido que la carga del depósito no está desprovista de fundamento y, a este respecto, se ha aducido que es «medida tendente a asegurar la seriedad de los recursos de corte extraordinario o reprimir la contumacia del litigante vencido, imponiendo, con este designio, una moderada carga que no afecta al contenido esencial del derecho. No puede decirse, por esto, que la ordenación de los recursos de casación o de suplicación laboral sujetándolos a una carga económica bien moderada y completado por un sistema de exención que comprende a los trabajadores en todo caso, y a los empresarios cuando gocen del beneficio legal de pobreza, prive del derecho a la tutela jurisdiccional o afecte a la esencia de este derecho, pues, además de imponerse para acudir a recursos extraordinarios, no impide estos recursos, ni los condiciona a exigencias exorbitantes» (STC 53/1983, de 20 de junio).

A la consignación de cantidad se refiere, por su parte, el artículo 230 LRJS cuando dispone que, en los casos en que la sentencia impugnada haya condenado al pago de cantidad, «será indispensable que el recurrente que no gozare

del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito». El Tribunal Constitucional ha descartado que esta exigencia resulte contraria al artículo 14 CE⁹⁸², como tampoco contradice el artículo 24.1 CE. Así, se ha defendido que el requisito de la consignación no impone una carga excesiva para quien pretende recurrir en casación a la vista de las finalidades que cumple en la ordenación del proceso laboral, esto es, asegurar la ejecución de la sentencia, reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios que retrasen injustificadamente el abono al trabajador de las cantidades reconocidas en la instancia y garantizar la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador (ATC 55/1992, de 20 de febrero).

En cuanto a las costas, su imposición no solo está atribuida al auto de inadmisión del recurso *ex* artículo 225.5 LRJS pues, según se acaba de apuntar, también la sentencia que lo resuelve tiene dicha encomienda. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo viene manteniendo el criterio de que, en principio, el desistimiento del recurrente en el recurso de casación para la unificación de doctrina no lleva a imponer a dicho recurrente el pago de las costas generadas. A este respecto se destaca que, en lo que atañe a los trámites propios de este recurso, únicamente dispone la condena al pago de las costas causadas en él, en los casos en que se inadmita el mismo o recaiga sentencia desestimatoria, de lo que se desprende que, fuera de esos casos específicos, «no cabe normalmente condenar al recurrente al pago de las costas causadas en el recurso correspondiente» [ATS de 27 de marzo de 2019 (rec. núm. 2479/2018)].

El artículo 235 LRJS, en sede de las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación, adjudica expresamente a la sentencia el cometido de imponer las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del

⁹⁸² Como ha aseverado el Tribunal Constitucional, el artículo 14 CE «no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. Y, mucho menos, que excluya la propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso, la diferencia de régimen jurídico no solo no se opone al principio de igualdad sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad (...) El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias» (STC 3/1983, de 25 de enero).

beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Esta prescripción legal ha sido interpretada reiteradamente por el Tribunal Supremo en el sentido de que la parte vencida es únicamente el recurrente al que se desestima el recurso [STS de 14 de febrero de 2007 (rec. núm. 1514/2005)]. Así pues, la procedencia o no de la imposición de costas a la parte recurrida cuando se estima el recurso de casación ha sido ya resuelta por el Alto Tribunal al mantener que la parte vencida en el recurso es el recurrente cuya pretensión impugnatoria es rechazada y no, por tanto, la que asume en el recurso la posición de recurrida, defendiendo sin éxito el pronunciamiento impugnado [STS de 6 de mayo de 2009 (rec. núm. 2063/2008)].

Tales costas –que no pueden superar los mil ochocientos euros en el recurso de casación– comprenden los honorarios del abogado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa de la parte. Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo, reconsiderando el criterio tradicional⁹⁸³, ha sostenido que, al no ser preceptiva la intervención de procurador en el proceso laboral (art. 21 LRJS), el importe de sus derechos los ha de satisfacer siempre la parte que los utiliza, con independencia del lugar de residencia. En concreto, argumenta que la literalidad del artículo 235.1 LRJS –«honorarios del abogado o del graduado social colegiado»–, en cuanto norma más específica sobre la materia, concuerda con esta interpretación. A juicio del Alto Tribunal, realizar una interpretación extensiva supone contrariar el deseo normativo de restringir el alcance de las costas en el proceso laboral. Las costas en el proceso laboral a las que se refiere el artículo 235 LRJS comprenden únicamente, y en su caso, los honorarios de los profesionales mencionados que intervengan en los distintos procesos en los que se impongan las mismas. En este sentido, añade que «la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la parte vencedora no padece, puesto que han desaparecido las causas que explicaban el criterio que ahora abandonamos, mientras que el derecho de la parte vencida, obvio es, resulta aligerado de una carga patrimonial. Por tanto, se trata de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho fundamental, dado que el mismo protege por igual a ambas partes» [AATS de 20 de septiembre de 2019 (rec. núm. 2720/2016), y 25 de julio de 2019 (rec. núm. 4594/2017)].

⁹⁸³ Se había venido manteniendo que la condena en costas ha de incluir los honorarios correspondientes al procurador de la parte vencida en el recurso de casación cuando la misma no tenía su residencia en el lugar donde se tramita el juicio, en cuanto sede del órgano encargado de resolver el asunto (ATS de 24 de octubre de 1994). En coherencia con esta argumentación, se entendía que no se devengaban derechos para el procurador, a efectos de su inclusión en la tasación de costas en el recurso, cuando la parte residiese en el mismo lugar de la sede del órgano judicial competente para resolver el pleito y se valiese de su representación de manera voluntaria [ATS de 3 de mayo de 2016 (rec. núm. 1603/2014)].

Finalizando con los posibles extremos accesorios contenidos en la sentencia, cabe destacar el artículo 235.3 LRJS, de conformidad con el cual, la Sala que resuelva el recurso de casación o declare su inadmisibilidad puede imponer «a la parte recurrente que haya obrado con mala fe o temeridad la multa que señalan el apartado 4 del artículo 75 y el apartado 3 del artículo 97». Se trata, en concreto, de una multa que puede oscilar entre ciento ochenta y seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio. Según se desprende del precepto legal, el fundamento que justifica la sanción ha de apoyarse en la mala fe o en la temeridad del litigante, es decir, procede cuando se ejercitan «pretensiones absolutamente infundadas, con conocimiento de su injusticia, todo ello evidenciado manifiestamente por el comportamiento del litigante» [STS de 14 de abril de 2011 (rec. núm. 164/2010)]. Más específicamente, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo describe como actos que vulneran las reglas de la buena fe, entre otros, la formulación de pretensiones temerarias, los actos efectuados con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho, o los que persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones [STS de 11 de mayo de 2018 (rec. núm. 3192/2016)]. Cabe destacar que la mala fe o temeridad no pueden extraerse de los razonamientos jurídicos de una sentencia a través de conjeturas, sino que han de abordarse directa y expresamente por el juzgador que las acoge y aplica sus consecuencias [STS de 17 de septiembre de 2013 (rec. núm. 12/2013)].

2. LA (DE)LIMITACIÓN DE LA EFICACIA DE LA SENTENCIA DICTADA EN UNIFICACIÓN

En la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina, el artículo 228.1 LRJS se cuida de precisar que el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no puede alcanzar en ningún caso a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada⁹⁸⁴. Y parece insistirse en esta limitación de los efectos de la sentencia de casación cuando el siguiente apartado del precepto establece que, si la sentencia del Tribunal Supremo declara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación

⁹⁸⁴ En el mismo sentido, el artículo 487.3 LEC *in fine* preceptúa que «los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado».

con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, «alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada»⁹⁸⁵. Se confirma, así, la aplicación del principio de cosa juzgada respecto a las sentencias anteriores a la recurrida –entre ellas las designadas para contraste– cuya doctrina haya podido considerarse errónea a partir del juicio de comparación realizado en la unificación de doctrina⁹⁸⁶. Por tanto, las sentencias de contraste, que no son objeto del recurso de casación, no pueden resultar modificadas aún en los casos en los que el Alto Tribunal concluya que la doctrina en ellas contenida era la incorrecta⁹⁸⁷.

El precepto referido líneas arriba instaura, como hiciera en idénticos términos el artículo 226 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, un régimen distinto de efectos de la sentencia de unificación de doctrina para la sentencia impugnada y para la sentencia de contraste. La sentencia impugnada es casada y anulada si la sentencia unificadora resuelve que no contiene la doctrina correcta sobre la cuestión controvertida, mientras que los pronunciamientos que resuelven este tipo de recurso «en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada». Este mantenimiento sin excepciones –«en ningún caso»– de la sentencia de contraste revela que el legislador presupone en ella la cualidad de firmeza, descartando pues, en aras de la seguridad jurídica y del consiguiente respeto a la cosa juzgada, que pueda verse afectada por las vicisitudes de otro litigio aun reconociendo que su doctrina no sea la más ajustada a Derecho [STS de 25 de septiembre de 2001 (rec. 2595/2000)]. Recuérdese que, de conformidad con reiterada doctrina constitucional, la cosa juzgada es definida como una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (STC 15/2006, de 16 de enero).

⁹⁸⁵ Por su parte, el artículo 219.3 LRJS, referido al recurso para el que ostenta legitimación el Ministerio Fiscal, dispone lo siguiente: «... en caso de estimación del recurso, la sentencia fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial y podrá afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubieren adherido al mismo». *Sensu contrario*, en defecto de solicitud de parte o en el caso de que las partes no hayan recurrido, «la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial».

⁹⁸⁶ DESDENTADO BONETE, A., «La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», en AA. VV., *Lecciones de jurisdicción social*, Nogueira Guastavino, M., García Becedas, G. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

⁹⁸⁷ GOERLICH PESET, J. M., «Los recursos de casación: casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina», cit., p. 1879.

Como ha tenido ocasión de apuntar el Tribunal Supremo, el requisito de firmeza recae sobre la parte que pretende alegar como contradictoria una doctrina consolidada, debiendo cerciorarse de que el requisito exigido se cumple en la propia certificación de la sentencia justificativa de tal extremo, para así constatar que la misma es hábil e idónea a los fines de la contradicción pretendidos. Precisamente, la exigencia de la firmeza de la sentencia de contraste está fundamentada en razones de armonía procesal, especialmente a tener en cuenta en los procesos de casación, siendo aconsejable que las sentencias de suplicación que se puedan comparar con una impugnada en casación unificadora contengan una doctrina consolidada, o por lo menos no estén en trámite de recurso de unificación de doctrina, con lo que ello comporta de posibilidad de variación en la decisión del caso [ATS de 27 de abril de 2006 (rec. 2319/2005)].

Ahora bien, conviene matizar que la delimitación de la eficacia de la sentencia dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere estrictamente al respeto de las cuestiones ya resueltas por la sentencia firme «contraria». En modo alguno debe ser entendida como manifestación de una prohibición de aplicar la doctrina unificada a situaciones jurídicas anteriores que no hubieren sido objeto de enjuiciamiento. Por tanto, el carácter y eficacia de la sentencia dictada en unificación es la propia de la jurisprudencia, es decir, la unificación de criterios en la aplicación e interpretación de la norma jurídica, pero no la exclusión de su aplicación a supuestos anteriores que no hayan sido objeto de debate judicial [STS de 12 de junio de 2002 (rec. núm. 4871/2000)].

Según se ha puesto de relieve⁹⁸⁸, y aunque nada señala la LRJS sobre la eficacia posterior de los pronunciamientos dictados en unificación de doctrina, no hay que perder de vista que la sentencia puede servir como resolución de contraste en un recurso de casación unificadora contra una sentencia que contenga doctrina contraria. Asimismo, desde un punto de vista práctico, la trascendencia de la sentencia se manifiesta en cuanto pronunciamiento que fija la doctrina acertada hasta que pueda ser objeto de variación, en su caso.

3. LA INTRODUCCIÓN DE CUESTIONES NUEVAS EN EL ÁMBITO CASACIONAL Y SUS EFECTOS EN LA SENTENCIA

El objeto del proceso de instancia fija los límites de la casación, sin que sea dable que en ésta se susciten cuestiones nuevas. Y es que en este tipo de recursos se encuentra significativamente restringida la posibilidad de introdu-

⁹⁸⁸ AGUSTÍ JULIÁ, J., «Del recurso de casación para la unificación de doctrina», cit., p. 874.

cir en el debate cuestiones o hechos no propuestos ni discutidos en la instancia⁹⁸⁹. Recuérdese que el recurso de casación goza de naturaleza extraordinaria en el sentido de que exige causas específicas y taxativamente fijadas en la ley, lo que limita las facultades de conocimiento del Tribunal *ad quem*. Únicamente algunos vicios pueden ser corregidos en la casación, aquellos que de alguna manera exceden del mero interés privado y llegan a tener una proyección pública porque pueden repetirse en ocasiones futuras⁹⁹⁰. Así pues, la interposición del recurso no puede realizarse con fundamento en meros –aunque fueren legítimos– intereses del recurrente, en función de su discrepancia con el criterio acogido por el Tribunal *a quo*, sino que forzosamente ha de tomar su apoyo en las razones permitidas al efecto –los llamados «motivos del recurso»–. La limitación de los perfiles del recurso no tiene otra finalidad que evitar dilaciones injustificadas o perjuicios a la parte recurrida, evitando la proliferación indiscriminada de impugnaciones, que no iría sino en descrédito de la propia Administración de Justicia y en perjuicio de quienes acometen el ejercicio de tal función jurisdiccional. La tasación legal de los motivos de posible alegación por la parte recurrente es requisito de admisión, sirviendo al mismo tiempo para delimitar el marco de los poderes del Tribunal *ad quem*. Dicho en otros términos, al limitar la competencia del Tribunal Supremo tanto a los motivos establecidos en la ley como, solo y exclusivamente, a las cuestiones suscitadas por la parte recurrente, en los términos por ella propuestos, se aspira a evitar que el recurso de casación pueda convertirse en una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el órgano judicial *a quo*.

Siendo así, es consolidada jurisprudencia la que mantiene que los pronunciamientos contenidos en la sentencia decisoria no pueden extenderse a aquellas cuestiones nuevas que no han sido suscitadas anteriormente y son alegadas por primera vez en el recurso de casación. Lo cual se corresponde con el criterio general de la inadmisibilidad de cuestiones nuevas en todo recurso. Criterio éste que encuentra su fundamento en el principio de justicia rogada consagrado en el artículo 216 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁹⁹¹. Como ha defendido reiteradamente el Tribunal Supremo⁹⁹², el recurso de casación, tanto el ordinario como el correspondiente a la unificación de doctrina, ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho

⁹⁸⁹ Cfr. MUR BELLIDO, F., *El recurso de casación laboral*, 2.ª ed., Madrid, 1964.

⁹⁹⁰ VÁZQUEZ SOTELÓ, J. L., «Rasgos definidores de la Casación civil española», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1974, p. 885.

⁹⁹¹ «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

⁹⁹² SSTS de 12 de marzo de 2019 (rec. núm. 18/2018); 15 de enero de 2019 (rec. 212/2017); de 5 de octubre de 2016 (rec. núm. 280/2015); y de 13 de mayo de 2013 (rec. 239/2011).

sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería los principios de audiencia bilateral y congruencia. En este sentido, si el principio de justicia rogada implica que el Juez o Tribunal solo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas. De lo que se colige la imposibilidad de alegar válidamente nuevos problemas o cuestiones por primera vez en vía de recurso.

La alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación. De modo particular en el ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina, se viene manteniendo que todo motivo formulado en este recurso que no coincida con el recurso de suplicación constituye una cuestión nueva, dado que la identidad a efectos de la contradicción legalmente exigida se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto el término de referencia en el juicio de contradicción es una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación [STS de 30 de marzo de 2010 (rec. núm. 1936/2009)]. Esta doctrina ha sido declarada expresamente vigente y de aplicación con relación al artículo 219 de la LRJS [STS de 8 de marzo de 2018, (rec. núm. 1591/2016)].

Según se ha argumentado ilustrativamente, si conforme a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación para la unificación de doctrina, el objeto de la casación es revisar los posibles errores de enjuiciamiento de la sentencia recurrida, mal puede atenderse a tal finalidad sometiendo a revisión aquello que no pudo haber sido enjuiciado –en tanto que no planteado– por la decisión recurrida. Si, además, conforme al derecho fundamental de defensa, la tutela judicial impone audiencia bilateral y congruencia, las mismas claramente quedan impedidas al suscitarse en trámite de recurso pretensiones novedosas frente a las que ya no cabe articular defensa probatoria y se dificulta sustancialmente la propia argumentación⁹⁹³. Conviene insistir en el ya aludido carácter extraordinario del recurso, tanto por el acotamiento legal de los propios motivos de impugnación, así como del posible objeto del mismo y, en consecuencia, el limitado acceso al recurso en cuestión. Lo que sigue siendo predicable aun cuando la LRJS ampliara el espectro de resoluciones susceptibles de ser

⁹⁹³ SSTs de 28 de noviembre de 2018 (rec. núm. 3396/2016); de 19 de diciembre de 2017 (rec. núm. 4254/2015); y de 20 de diciembre de 2016 (rec. núm. 964/2015).

alegadas como doctrina de contradicción, extendiendo la posibilidad a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional⁹⁹⁴, por los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, así como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 219.2 LRJS)⁹⁹⁵. Esta última previsión responde al reconocimiento de la influencia propia del Tribunal de Luxemburgo como órgano encargado de asegurar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión en los diferentes Estados miembros y, con ello, la posible impugnación de aquella sentencia que se aparte del precedente asentado por el Tribunal de Justicia al resolver una cuestión prejudicial sobre la forma en la que ha de ser interpretada o aplicada la norma comunitaria que proceda en el caso concreto⁹⁹⁶.

Como ha aseverado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el principio *iura novit curia* no habilita al juez a apartarse del principio *iuxta allegata et probata* y basarse en hechos y fundamentos diferentes a los alegados, por cuanto dejaría indefensa a la parte que no pudo rebatir los argumentos que creó *ex novo*. Recuerda, asimismo, el Alto Tribunal que existe incongruencia *extra petita* cuando se cambian los términos del debate planteado por las partes, como ocurre precisamente cuando el Tribunal se pronuncia sobre una cuestión no debatida y se accede a una pretensión no formulada, dejando indefensa a la parte que se vio privada de la posibilidad de hacer alegaciones en defensa de sus intereses sobre aquella cuestión que es resuelta sin haberse suscitado por las partes⁹⁹⁷. En otras palabras, el vicio de incongruencia *extra petitum* tiene lugar cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido en

⁹⁹⁴ El propio Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 39/1998 de 17 de febrero, había venido sosteniendo que las sentencias dictadas por este Tribunal «no constituyen doctrina judicial susceptible de unificación ante el Supremo».

⁹⁹⁵ La LRJS rechazó mediante este precepto el criterio de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que impediría admitir estas sentencias como resoluciones de contraste, al no estar comprendidas en el orden social y ser éste el ámbito al que se limita. Hasta entonces, se consideraba que la sentencia decisoria solo podría cumplir su función unificadora respecto de los órganos judiciales que se encontrasen bajo la jerarquía del Tribunal Supremo, algo que no sucede en el caso de los tribunales indicados. Véase al respecto, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017, p. 326.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 340 y 341.

⁹⁹⁷ STS de 4 de julio de 2019 (rec. núm. 2357/2018). En este pronunciamiento se asevera la concurrencia de incongruencia *extra petita* cuando la sentencia declara la existencia de un fraude de ley que nunca se alegó, ni razonó como fundamento de la pretensión ejercitada, lo que equivale a decir que no cabe estimar de oficio la existencia de fraude de ley, so pena de incurrir en incongruencia y de violar el artículo 24 de la Constitución, máxime cuando nos encontramos ante un recurso extraordinario destinado a unificar doctrinas contrapuestas, disparidad doctrinal que no se da cuando las sentencias comparadas no abordan las mismas cuestiones.

las pretensiones deducidas en el proceso e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. De este modo, se impide a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido (STC de 30/2007, de 12 de febrero). En este sentido, para que la incongruencia *extra petita* tenga relevancia constitucional, es preciso que pueda constatarse con claridad que la vulneración del principio de contradicción ha provocado la existencia de indefensión por ser la desviación entre el fallo y las pretensiones formuladas por las partes «de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discorra la controversia judicial» (STC 60/1996, de 15 de abril). Es así como la incongruencia de las decisiones judiciales, entendida como una discordancia manifiesta entre lo que solicitan las partes y lo que se otorga en aquéllas concediendo más, menos o cosa distinta de lo pedido, puede llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 CE, tanto por no satisfacer tal pronunciamiento la elemental exigencia de la tutela judicial que es la de obtener una sentencia fundada sobre el fondo del asunto sometido al órgano judicial, como por provocar indefensión, ya que la incongruencia supone, al alterar de modo decisivo los términos en que se desarrolla la contienda (STC 49/1992, de 2 de abril), defraudar el propio principio de contradicción (STC 60/1996, de 15 de abril).

En todo caso, conviene recordar que el órgano judicial solo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que «no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (STC 133/2010, de 2 de diciembre). La congruencia puede definirse como un ajuste sustancial entre lo pedido y lo resuelto que, por tanto, no exige del fallo una conformidad literal y rígida con las peticiones de las partes, sino racional y flexible [STS de 16 de febrero de 1993 (rec. núm. 1203/1992)]. Expresado en otros términos, la congruencia se plantea como una necesidad de correlación entre determinada actividad procesal de las partes, por un lado, y la actividad decisoria o resolutoria plasmada en la sentencia, por otro [STS de 15 de enero de 2019 (rec. núm. 212/2017)].

Cuando se dé el mencionado supuesto y se susciten, pues, cuestiones nuevas que no habían sido objeto de planteamiento anteriormente, falta la necesaria contradicción entre la resolución recurrida y la de contraste a la que

llama el artículo 219 LRJS, ya que el recurso combate la sentencia impugnada con base en argumentos que no fueron alegados en el recurso de suplicación, ni tratados por las dos sentencias comparadas. En esta fase del procedimiento, la consecuencia aparejada es la de desestimación del recurso [STS de 25 de abril de 2017 (rec. núm. 2570/2015)].

Existen, eso sí, ciertos supuestos que escapan a la regla general de interdicción del planteamiento de cuestiones nuevas. Y es que hay determinado tipo de materias respecto a las cuales no es aplicable el principio de justicia rogada, de manera que constituyen verdaderas excepciones al mismo, pues el Juez o Tribunal puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes. Se trata de materias de derecho necesario que afectan de modo especialmente relevante al orden público del proceso, lo que obliga al Juez o Tribunal a velar específicamente por la observancia y cumplimiento del mismo [STS de 25 de mayo de 2015 (rec. núm. 2150/2014)]. La más clásica y significativa de estas materias, en las que el Tribunal ha de entrar a resolver –aunque las partes no hayan formulado alegación alguna al respecto– es la relativa a la propia competencia jurisdiccional del mismo, sea por razón de la materia, objetiva o funcional. Pero también en relación con otros temas o instituciones existen excepciones al comentado principio dispositivo, debiendo los Tribunales examinarlos de oficio⁹⁹⁸. Uno de estos supuestos es, precisamente, el instituto de la caducidad, respecto del cual, la jurisprudencia viene manteniendo que ha de ser apreciado de oficio por los Tribunales [STS de 9 de julio de 2014 (rec. núm. 312/2013)].

Por tanto, y así lo ha argumentado el Tribunal Supremo, si una determinada materia puede ser examinada de oficio, con respecto a ella no rige el principio de justicia rogada, pues se trata de una excepción al mismo. Asimismo, si en relación con ese tema no se aplica este principio procesal, falta el fundamento esencial para poder apreciar la existencia de cuestión nueva. En este sentido, dado que la cuestión podía ser examinada de oficio por el Juez de instancia, éste debía haber procedido a su examen, por lo que no cabe sostener que la alegación de ese tema en el recurso constituya una cuestión nueva cuando el mismo se encontraba dentro del espacio sobre el que había tenido que incidir la decisión judicial [STS de 26 de noviembre de 2012 (rec. 3772/2011)].

⁹⁹⁸ La STS de 22 de febrero de 2017 (rec. núm. 120/2016), aboga por incluir en este grupo de materias la falta de acción derivada del ejercicio en demanda de conflicto colectivo de una pretensión meramente declarativa, que no responde a la existencia de una controversia real y actual entre las partes y que se configura en realidad como una mera consulta al órgano judicial, lo que supone un inadecuado acceso a la vía judicial vulnerando con ello las normas de orden público que afectan incluso a la propia función jurisdiccional, al pretender conseguir del órgano judicial un pronunciamiento que no le corresponde.

4. EL ALCANCE DE LA FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA SENTENCIA DECISORIA DEL RECURSO

Uno de los objetivos fundamentales de la casación en todos los ordenamientos que contemplan esta institución procesal es la defensa del derecho objetivo o la protección de la ley –función nomofiláctica–, junto con la unificación en la interpretación de las normas jurídicas –función unificadora–. La defensa de la ley frente a la actuación de los órganos inferiores del Poder Judicial era su finalidad originaria, al tiempo que cumplía con la misión de uniformización de la jurisprudencia, imponiendo a los órganos judiciales inferiores su interpretación de la legalidad ordinaria y garantizándose así valores tan trascendentes como la unidad del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley. Es el aseguramiento de la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley el fin característico de la casación, garantizándose tales fines por parte de los jueces y magistrados, que son los que deben conocer exactamente el contenido y significado de las normas jurídicas que son llamados a aplicar⁹⁹⁹. Como ha insistido el Tribunal Supremo, el fin esencial de este excepcional medio de impugnación, su *ratio essendi*, lo que justifica la creación y el establecimiento del mismo por el legislador, no es otro que la necesidad de impedir la disparidad o divergencia de pronunciamientos en las sentencias dictadas, en asuntos iguales, por los distintos Tribunales del orden social de la jurisdicción, de modo que, mediante este recurso, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fija y proclama cuál es la doctrina correcta, unificando la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. Luego si la resolución recurrida es contraria a dicha doctrina, la casa y anula [ATS de 7 de julio de 2005 (rec. núm. 4470/2004)]. Interesa destacar a este respecto que el sometimiento incondicional de los jueces y magistrados está limitado en la Constitución «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), mientras que la obligada atención a la jurisprudencia y en particular a la jurisprudencia de unificación de doctrina, que se apoya en razones evidentes de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, no genera un deber incondicional sino un deber de exposición razonada del porqué de la exclusión de la misma en el caso concreto [STS de 5 de julio de 2012 (rec. núm. 3604/2011)].

En definitiva, la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en evitar la diversidad jurisprudencial en las sen-

⁹⁹⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La nueva regulación de la casación laboral en el ordenamiento procesal peruano», *Soluciones Laborales*, Perú, núm. 36, 2010, p. 57.

tencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, mediante una interpretación homogénea del ordenamiento jurídico. Como se ha señalado¹⁰⁰⁰, en este recurso de casación la función de la defensa de la ley se subordina a la función unificadora, pues lo que importa a la hora del acceso al recurso no es que haya que proteger a la ley de las infracciones que pueda sufrir en el proceso su aplicación judicial, sino que esa aplicación revele la existencia de criterios contradictorios. Por tanto, la divergencia doctrinal en la interpretación de la ley abre la puerta del recurso hasta el punto de que podría hablarse de un recurso en interés de la unidad de la jurisprudencia. Es así como se justifica que la normativa procesal decida restringir este recurso a los casos en los que las sentencias comparadas emiten pronunciamientos distintos al interpretar y aplicar el derecho. De ahí que todos los temas a resolver en casación unificadora deban girar en torno a cuestiones jurídicas y no fácticas, ya que el interés casacional del recurso se relaciona directamente con su misión de unificar el derecho aplicable. Las sentencias en las que el enjuiciamiento afecte más a la valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general, que constituye la verdadera razón de ser del recurso de casación, quedan ajenas a la finalidad unificadora [SSTS de 8 de octubre de 2009 (rec. núm. 4601/2007) y de 27 de septiembre de 2007 (rec. núm. 4601/2007)].

El recurso de casación se instituye como el instrumento básico de cumplimiento de esa función de uniformización del ejercicio de la potestad jurisdiccional, de modo que la naturaleza y caracteres definitorios del proceso impugnatorio casacional derivan justamente del mencionado objetivo, de la posición que le corresponde al Tribunal Supremo dentro de la organización del poder judicial. Con ello se trata de lograr la unificación de doctrina de los Tribunales, asegurando la primacía del Tribunal Supremo, tal como le viene reconocida en el artículo 123.1 CE. La propia existencia de un recurso de unificación de doctrina significa la atribución a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de competencia funcional para fijar la unidad de doctrina (art. 228.2 LRJS); que, en principio, salvo que concurren y se indiquen razones suficientes, debe ser atendida y no quebrantada por los tribunales de suplicación [STS de 9 de julio de 2013 (rec. núm. 2945/2012)]. El Tribunal Supremo es así el vértice y centro del ordenamiento judicial al resolver con su jurisprudencia los desacuerdos en la interpretación de la norma realizada por los órganos judiciales inferiores. En una inevitable visión “realista” de las cosas, y en

¹⁰⁰⁰ DESDENTADO BONETE, A., «Los recursos de casación en la LRJS y en el RD-ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», cit., BIB 2012\3089.

la medida en que la infracción de la jurisprudencia aplicable al caso funda un recurso de casación –frente a las resoluciones de órganos inferiores que se apartan de la misma–, puede decirse que la jurisprudencia es fuente de derecho, incorporada la interpretación en ella contenida a la norma interpretada como complemento de la misma¹⁰⁰¹.

De forma paralela a la función de revisión de la sentencia impugnada, la casación desempeña un importantísimo papel en orden a la unificación de criterios jurisprudenciales como fuente complementaria del ordenamiento jurídico. Vista esta función unificadora de la interpretación jurídica, el propio Tribunal Supremo ha afirmado tradicionalmente su naturaleza «preferentemente pública» en el restablecimiento del imperio de las normas jurídicas –función nomofiláctica– y unificación de la doctrina –función unificadora–. Así, uno de sus principales objetivos el velar por la claridad, certeza y uniformidad en el entendimiento y aplicación de las reglas del ordenamiento legal como garantía de la necesaria seguridad jurídica. En este sentido, se ha mantenido que la casación tiene un predominante «matiz público» y que el designio fundamental que se persigue es, por una parte, conseguir que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente; por otra, mantener la unidad en decisiones judiciales como garantía de certidumbre e igualdad para todos los que integran el cuerpo social. El mecanismo es garantía de la seguridad jurídica como sinónimo de la certeza en el derecho que es propia de un sistema de legalidad, traducido básicamente en «la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos»¹⁰⁰². Es precisamente la consagración constitucional del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en relación con el principio de unidad jurisdiccional, la que fuerza a garantizar la unidad de doctrina¹⁰⁰³. De aquel principio deriva, pues, un mandato constitucional por el que la ley debe establecer los instrumentos imprescindibles para asegurar la unificación de la doctrina legal, evitándose que se dicten resoluciones judiciales antitéticas en la aplicación de idéntica normativa a unos hechos sustancialmente iguales.

Sin perjuicio de que la anterior sea la finalidad prevalente del recurso de casación, este proceso impugnatorio –al menos en nuestro ordenamiento jurídico– siempre ha poseído una naturaleza «ambivalente» por lo que respecta a sus finalidades. Y es que, con independencia de la estrecha conexión siempre

¹⁰⁰¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La institución de la casación y nuestro modelo casacional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010.

¹⁰⁰² Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

¹⁰⁰³ Cfr. SSTC 144/1988, de 12 de julio; 18/1988, de 16 de febrero; 41/1988, de 14 de marzo; 54/1988, de 24 de marzo.

existente entre la defensa del derecho objetivo y su reflejo en la salvaguarda de los derechos subjetivos, puede también afirmarse que, paralela a la defensa del *ius constitutionis*, desde sus inicios –como carácter muy marcado en nuestro ordenamiento jurídico– se le asignará también una función de defensa del llamado *ius litigatoris*, es decir, de atención a la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de las partes privadas en litigio¹⁰⁰⁴. La casación pues, ha venido siempre entendiéndose como una institución netamente procesal, al servicio del proceso y de los litigantes, en íntima coordinación entre la aspiración a la justicia del caso concreto y los fines públicos propios de la institución, concretados específicamente en la consecución de la uniforme aplicación del derecho en todo el territorio nacional, como meta atribuida al recurso de casación y cometido exclusivo y excluyente del Tribunal Supremo¹⁰⁰⁵.

5. LA PROBLEMÁTICA EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA DOCTRINA UNIFICADORA: OPCIONES DE MERA SELECCIÓN VS. RECREACIÓN DOCTRINAL

El modelo español de casación atiende tanto a su prototípica misión de permitir la defensa de la ley frente a la actuación jurisdiccional, garantizando la uniformidad en su aplicación –valores compendiados en lo que se llama *ius constitutionis*–, como a la inicialmente accesoria de preservar el interés de los particulares afectados por la sentencia impugnada –identificado como *ius litigatoris*–¹⁰⁰⁶. La defensa del derecho del litigante es característica relevante en la evolución histórica de nuestra casación, en conexión con la idea de que el proceso está concebido para satisfacer pretensiones fundadas en el ordenamiento jurídico. Ello se manifiesta especialmente en que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en aquellos casos en los que aprecia la concurrencia de la infracción legal o jurisprudencial denunciada a través del recurso de casación, no se limita a anular la resolución impugnada –jurisdicción negativa–, sino que junto a ello también procede a resolver lo que corresponda, otorgando la tutela judicial al recurrente sin necesidad de reenviar la cuestión al Tribunal

¹⁰⁰⁴ Sobre esta distinción, ya en el Derecho romano, Vid. CALAMANDREI, P., *La casación civil*, tit. I, cap. II («Extensión del concepto de nulidad a las sentencias «contra *ius constitutionis*»), Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

¹⁰⁰⁵ Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Rasgos definidores de la casación civil española», cit., pp. 859 ss.

¹⁰⁰⁶ En este sentido, cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V., *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

inferior para que éste dicte una nueva sentencia –jurisdicción positiva–¹⁰⁰⁷. En consecuencia, se da aplicación real y efectiva al derecho del litigante, subsanando en su caso el desamparo que le produjo la infracción legal cometida en la sentencia recurrida¹⁰⁰⁸.

El recurso de casación para la unificación de doctrina responde más puramente a la idea del Tribunal Supremo como órgano regulador de la jurisprudencia y, por tanto, es una necesidad derivada de nuestro sistema judicial descentralizado¹⁰⁰⁹. Es decir, prima la función unificadora de la interpretación sobre la función nomofiláctica que se encuentra imbricada en la misma. En su motivación, no admite el quebrantamiento de las formalidades del juicio –salvo que estas últimas requieran unificación–. Su interposición no requiere solamente que algún litigante considere que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de una norma jurídica, sino además que dicha sentencia sea «contradictoria» con otra, por lo que el presupuesto de admisión del recurso no es la denuncia de un interés de parte, sino la denuncia de una contradicción entre sentencias en la aplicación de una misma normativa. Se observa claramente cómo en esta modalidad la defensa del *ius litigatoris* es secundaria –e instrumental podría decirse– respecto al *ius constitutionis* y la función unificadora de la jurisprudencia. La problemática fundamental con la que se enfrenta un sistema de recursos procesales es la de conjugar las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto del interesado en un posible recurso como de quien desea la pronta finalización de la *litis*. La solución conciliatoria de las opuestas exigencias de justicia y de certeza, entre las cuales se debate el problema de la impugnación de las sentencias, trata de resolverse con la limitación de los procedimientos de impugnación tanto en su número como en sus presupuestos¹⁰¹⁰. Si bien la existencia de un sistema de recursos no puede con-

¹⁰⁰⁷ A partir de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 se atribuye al Tribunal Supremo jurisdicción positiva para resolver sobre el fondo de lo reclamado suprimiéndose el reenvío, cuando procediera la estimación del nuevo y definitivamente llamado «recurso de casación» (MOLINER TAMBORERO, G., y SAMPE-DRO CORRAL, M., *El recurso de casación laboral. Casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 18). Ello implicaba la separación del originario modelo francés de devolución al Tribunal que dictó la sentencia recurrida y se establece el procedimiento de «doble sentencia» por el Tribunal Supremo: una primera que anula la sentencia recurrida y una segunda que resuelve definitivamente la *litis* (vid. BAYÓN CHACÓN, G., «El recurso de casación en lo laboral. Problemas generales. Tipicidad del mismo», en AA. VV., *Dieciséis lecciones sobre casación en lo laboral*, Universidad de Madrid, 1974, p. 19 y pp. 29 ss.).

¹⁰⁰⁸ Cfr. CAMPOS ALONSO, M. A., *El recurso de casación para la unificación de doctrina social*, Edersa, Madrid, 1998.

¹⁰⁰⁹ Vid. MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la Unificación de Doctrina en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social*, 1998.

¹⁰¹⁰ Cfr. CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1989, pp. 181 y 182.

jurar la posibilidad de que una *litis* acabe siendo resuelta de forma injusta, sí que es cierto que permite disminuir las probabilidades de que así sea, al posibilitarse la reconsideración más o menos amplia del *dictum* inicial.

El recurso de casación se configura, además, como un recurso devolutivo, en el sentido de que va a ser resuelto por un órgano distinto y superior al que dictó la resolución recurrida. Este tipo de recurso se define como «el proceso de impugnación de una resolución judicial ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada» (Guasp). La casación constituye, así, un verdadero proceso de impugnación de una resolución judicial ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada. Como tal, constituye un proceso especial por razones jurídicas procesales y que tiende, no a facilitar otro proceso principal, sino por el contrario a dificultarlo, a depurar su resultado mediante la crítica que se verifica por medio del recurso. La casación, por lo tanto, no es un simple remedio jurídico, ni una acción impugnativa autónoma, sino una verdadera reanudación de los términos de un litigio ya cerrado, para que, dentro de las limitaciones a que obedece, pueda censurarse el pronunciamiento dictado en el mismo. Interesa destacar aquí que se trata de un verdadero «recurso» en el sentido de que, dentro de los medios impugnatorios, y frente a lo que serían «remedios», la impugnación se decide por un órgano diferente y jerárquicamente superior al que dictó la resolución impugnada.

Señala el artículo 228.2 LRJS que «si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina». Por tanto, estimado el recurso, procede la determinación de la doctrina correcta a aplicar. Más aún, junto a la fijación de la doctrina legal que se estime ajustada a Derecho, la sentencia decisoria del recurso debe –como recuerda el precepto recién reproducido– solucionar el «debate planteado en suplicación» y, con ello, pronunciarse sobre la cuestión de fondo alterando cuando proceda las situaciones jurídicas que originó la sentencia recurrida.

Ya se sabe que el artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y la decisión judicial de contraste, que ha de ser –a salvo del supuesto contemplado en el segundo apartado de dicho precepto– una sentencia de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Según reiterada jurisprudencia, el cumplimiento de dicha exigencia se verifica por el contraste entre la

parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, sin que tal contradicción pueda surgir tan solo de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias y sin que tampoco sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar [SSTS de 18 de julio de 2019 (rec. núm. 4626/2017) y de 27 de febrero de 2018 (rec. núm. 724/2016)]. La contradicción ha de darse entre los pronunciamientos comparados, de forma que no es aceptable la que solo concurre en relación con las doctrinas que en cada una de las sentencias se pueda mantener. En otras palabras, la contradicción no se verifica por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, siendo la existencia de fallos contradictorios –el art. 219 LRJS prescribe «se hubiere llegado a pronunciamientos distintos»– y no la diversidad de *ratio decidendi*, el presupuesto del recurso de casación para la unificación de doctrina [ATS de 23 de octubre de 2019 (rec. núm. 400/2018)].

De concurrir este requisito de la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, el Tribunal Supremo debe entrar a conocer de la cuestión planteada determinando la doctrina que resulte ajustada a Derecho, de conformidad con el artículo 228 LRJS [STS de 23 de febrero de 2015 (rec. núm. 1425/2014)]. Ahora bien, y precisamente en relación con la función doctrinal del recurso de casación unificadora que opera la sentencia decisoria, es consolidada jurisprudencia la que asevera que las doctrinas contrapuestas no constituyen un dilema puro que obligue a optar entre las posiciones comparadas. Lo cual resulta más coherente con la función componedora del Alto Tribunal, descartando un cometido de selección y acogiendo más bien uno de configuración. En concreto, viene manteniéndose insistentemente en que «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», de modo que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido», que puede ser la de alguna de las sentencias comparadas o solución distinta que la Sala establezca como doctrina unificada y que no incurra en incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina¹⁰¹¹. Por tanto, aun concurriendo la preceptiva contradicción, puede suceder que tanto la sentencia recurrida como las ofrecidas como término de comparación se aparten de la buena doctrina establecida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. En tal caso, esta

¹⁰¹¹ SSTS de 24 de septiembre de 2019 (rec. núm. 3222/2018); de 27 de septiembre de 2018 (rec. núm. 2747/2016); y de 11 de febrero de 2014 (rec. núm. 323/2013).

circunstancia necesariamente ha de ser puesta de manifiesto y la doctrina correcta es la que ha de quedar a salvo, pero como la prohibición de la *reformatio in peius* impediría la anulación de la sentencia recurrida, la consecuencia no puede ser otra que la desestimación del recurso [STS de 23 de septiembre de 1991 (rec. núm. 1116/1990)].

Según se ha apuntado¹⁰¹², cuando la sentencia entra a conocer del fondo estableciendo la doctrina ajustada, trasciende al efecto de la jurisprudencia como fuente del Derecho (art. 1.6 CC). En este sentido, conforma un pronunciamiento expreso de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo determinando cuál es la doctrina correcta entre varias posibles interpretaciones, al margen del interés particular de los litigantes; al tiempo que se propicia la continuidad de la doctrina adoptada en unificación como consecuencia de la utilización como criterio de inadmisión del recurso la existencia de doctrina previa coincidente con la de la sentencia recurrida.

En definitiva, cuando el criterio del Tribunal Supremo no coincida exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, nada obsta a que pueda decantarse por la aplicación de la doctrina que a su juicio estime correcta. Esta interpretación del papel que corresponde al Alto Tribunal a la hora de resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, destacando que tal proceder en modo alguno supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso analizado en estas líneas. En concreto, ha defendido que «el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva el debate planteado en suplicación (SSTC 127/2017, de 13 de noviembre y 147/2016, de 19 de septiembre). Y ello porque la función unificadora «no quiere decir que aparezca como petrificada una determinada dirección doctrinal, impidiendo la evolución interpretativa que se dará cuando aparezcan otros condicionamientos, cuya enumeración implicaría riesgo de omisiones y que no son del caso señalar» [ATS de 1 de julio de 1992 (rec. núm. 2096/1991)].

¹⁰¹² FERRANDO GARCÍA, F. M., «Los recursos de casación: ordinaria y para la unificación de doctrina», en AA. VV., *Los recursos en el proceso laboral*, Cavas Martínez, F. (coord.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 131 y 132.

CAPÍTULO XV

RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y RECURSO DE AMPARO

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La interposición del recurso de casación para unificación de doctrina y la subsidiariedad del recurso de amparo.*—3. *Recurso de casación para la unificación de doctrina e incidente de nulidad de actuaciones.*

1. INTRODUCCIÓN

La trigésima quinta Base de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral, trazó las bases del recurso de casación para unificación de doctrina que fue desarrollado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Posteriormente, los artículos 215 a 225 del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y, en la actualidad, los artículos 218 a 228 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), han desarrollado los requisitos fundamentales de este recurso.

El recurso de casación para unificación de doctrina, calificado por la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional como un recurso

de carácter extraordinario y excepcional¹⁰¹³, tiene por objeto «la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores de Justicia o con sentencias del Tribunal Supremo» (art. 219.1 LRJS). Pero además, las sentencias comparadas deben haberse dictado «respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 219.1 LRJS).

Como desde un principio puso de manifiesto la doctrina, existe una difícil relación entre este recurso y el recurso de amparo¹⁰¹⁴, y ello debido a que a pesar de que el recurso de casación para unificación de doctrina es un recurso en el que se puede cumplir la función de protección de los derechos fundamentales, la alegación de esta posible vulneración está condicionada por la contradicción. Así, lo señala con claridad la STS de 22 de octubre de 1991¹⁰¹⁵, según la cual: «La protección que la Sala puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción y ésta queda fijada por el tipo de recurso. Así se desprende claramente del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prevé que la infracción de un precepto constitucional será suficiente para fundar un recurso de casación, pero solo en los casos en que, según la Ley, proceda dicho recurso y en la casación para la unificación de doctrina la procedencia del recurso está condicionada a la existencia de contradicción entre las resoluciones judiciales que menciona el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral y es en el ámbito de esta contradicción en el que ha de denunciarse la infracción del precepto constitucional que haya producido la lesión del derecho fundamental»¹⁰¹⁶. Es decir, sin con-

¹⁰¹³ SSTC 234/1993; 126/1994; 256/1994; 332/1994. Una crítica a esta calificación como excepcional del recurso en, ALONSO OLEA, M., «Recurso de amparo y recurso de casación para unificación de doctrina», en *El proceso laboral: estudios en homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 59. Afirma que, «lo excepcional de un recurso, consista en lo que consista, no creo que añada nada nuevo a lo extraordinario; más bien parece un pleonasma argumental».

¹⁰¹⁴ GOERLICH PESET, J. M., «Recurso de casación para la unificación de doctrina y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, 1992, Tomo II, pp. 362 ss.; MONTOYA MELGAR, A., y otros, *Curso de Procedimiento Laboral*, Ed. Tecnos, en sus distintas ediciones (la actual, 12.ª edición Madrid, 2019, p. 454); CASCAREJO SÁNCHEZ, L., y PINILLA GONZÁLEZ, M. A., «¿Es necesario el recurso de casación para la unificación de doctrina para recurrir en amparo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 59, 1993; DESDENTADO BONETE, A., «Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social. Una reflexión crítica y una propuesta. De nuevo, el caso de Galerías», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1995, pp. 687-694.

¹⁰¹⁵ Núm. Rec. 1075/1990.

¹⁰¹⁶ Doctrina reiterada por el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 16 de noviembre de 1992 (núm. rec. 2795/1991) y de 21 de junio de 2001 (núm. rec. 1886/2000).

tradición no hay tutela posible del derecho fundamental por el recurso de casación para la unificación de doctrina.

El que este recurso esté condicionado por la existencia de contradicción viene planteando numerosos problemas prácticos acerca de si resulta o no necesaria su interposición para entender correctamente agotada la vía judicial ordinaria antes de acudir en amparo al Tribunal Constitucional. Al análisis de estos problemas se dirige el presente estudio.

2. LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y LA SUBSIDIARIEDAD DEL RECURSO DE AMPARO

Según establece el artículo 44.1.a) LOTC el recurso de amparo solo será admisible «cuando se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial». De este modo, es frecuente que ante el Tribunal Constitucional se plantee la cuestión de si se ha utilizado o no el recurso adecuado en la vía judicial ordinaria para reparar la lesión presuntamente sufrida antes de interponer el recurso de amparo. El examen en el plano constitucional de la cuestión suscitada sobre si un concreto medio de impugnación es o no procedente, «en definitiva, lo que persigue es excluir la posibilidad de que se inste la tutela dispensable a través del recurso de amparo sin haberse intentado la reparación del derecho ante la jurisdicción ordinaria cuando había un razonable cauce legal para ello» (STC 135/2007, de 4 de junio).

En relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina la duda que se plantea con frecuencia es si de conformidad con el precepto señalado, resulta exigible la formulación del mismo antes de interponer el recurso de amparo en materia laboral.

Para el Tribunal Constitucional el artículo 44.1.a) LOTC es una manifestación del carácter subsidiario del recurso de amparo que se deduce de los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC. Ello comporta que en la vía judicial se tienen que utilizar todos los recursos pertinentes y útiles, en tiempo y forma, pues de no hacerlo el recurso de amparo será inadmitido. Es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional (por todas STC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2) que la exigencia de agotar la vía judicial procedente antes de acudir al recurso de amparo no es, ciertamente, una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria.

No obstante, también ha establecido el Tribunal Constitucional que el carácter subsidiario del recurso de amparo no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables (STC 188/1990, de 26 de noviembre, FJ 3); esto es, «cuando no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo (STC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 3), sin necesidad de efectuar complejos análisis jurídicos, puesto que no es exigible al ciudadano que supere dificultades de interpretación que excedan de lo razonable. Además, se requiere que la falta de utilización de dichos instrumentos procesales tenga origen en la conducta voluntaria o negligente de la parte o de los profesionales que le prestan su asistencia técnica (STC 172/1991, de 16 de septiembre, FJ 2)» (STC 79/2004, de 5 de mayo).

Por lo tanto, el recurso de casación para unificación de doctrina ha de interponerse siempre que concurren todos los elementos que lo hacen viables con independencia del éxito o fracaso que alcance. «No es el resultado lo que importa sino que se agoten todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC], sean ordinarios o extraordinarios» (STC 318/1994, de 28 de noviembre). Ahora bien, como el recurso de casación para unificación de doctrina está sometido a la exigencia de contradicción entre la resolución recurrida y las aportadas como de contraste, no siempre es fácil determinar si el mismo resulta ejercitable. Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que, la especial naturaleza del recurso de casación para la unificación de doctrina, «condicionado legalmente a la concurrencia de rígidos requisitos de admisión sobre identidad y contradicción, determina que su interposición no resulte siempre preceptiva, siendo únicamente obligada, a los efectos de la subsidiariedad del amparo, cuando no quepa duda respecto de su procedencia»¹⁰¹⁷. Podemos así distinguir dos situaciones:

1) En primer lugar, el recurso de casación para unificación de doctrina no se interpone antes de acudir en amparo al Tribunal Constitucional.

Como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmar que el recurso de casación para la unificación de doctrina debe considerarse no solo extraordinario sino excepcional, y «condicionado legalmente a rígidos requisitos de admisión» (ATC 206/1993), y esa especial naturaleza

¹⁰¹⁷ STC 116/2014, de 8 de julio, FJ 2; también STC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 2; ATC 3/2019, de 28 de enero.

«determina que no sea preceptiva siempre su interposición para dar por agotada la vía judicial ordinaria, sino solo en aquellos supuestos en los que, por existir doctrina jurisprudencial contradictoria, a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo deba darse la posibilidad [determinante en general de esta exigencia del art. 44.1.a) de la LOTC] de reparar la lesión del derecho fundamental que se entiende vulnerado, salvando así la subsidiaridad del amparo» (STC 332/1994, de 19 de diciembre). No será exigible, por tanto, de modo general, dado el concreto alcance de este recurso, que consiste en «la unificación jurisprudencial a través de la armonización de contradicciones preexistentes en Sentencias dictadas en suplicación» (ATC 206/1993).

Ciertamente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia se ha ido matizando a lo largo de los años, de tal manera que en los años siguientes a la introducción de esta nueva modalidad de casación en el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 nos encontramos con sentencias bastante discutibles sobre esta cuestión que muestran esa difícil relación entre el recurso de casación para unificación de doctrina y el recurso de amparo que ha puesto de manifiesto la doctrina. En este sentido podemos citar la STC 3/1995, de 10 de enero, según la cual resulta necesaria la previa utilización del recurso de casación para unificación de doctrina «cuando el amparo se basa en la infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley por la contradicción entre diversas Sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o con Sentencias del Tribunal Supremo. Así se ha declarado por este Tribunal en sus recientes STC 152/1994 y 318/1994». Para el Tribunal Constitucional no cabe duda respecto a la necesidad de la previa interposición del recurso de casación para unificación de doctrina cuando se pretenda hacer valer en amparo el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en la medida en que este recurso permite reaccionar contra contradicciones interpretativas de una misma Sala.

Sin embargo, como ha ido matizando la doctrina constitucional, la procedencia de la interposición del referido recurso no puede afirmarse sin más. En efecto, la parte que pretenda hacer valer su no interposición como causa de inadmisión del recurso de amparo, debe acreditar ante el Tribunal Constitucional la posibilidad de recurrir a través de esa extraordinaria vía en el supuesto concreto ¹⁰¹⁸, no bastando con que efectúe vagas invocaciones sobre su procedencia ¹⁰¹⁹, o que alegue dicha posibilidad de manera abstracta ¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ Entre otras, SSTC 116/2014, de 8 de julio, FJ 2; 124/2014, de 21 de julio, FJ 2, y 39/2016, FJ 2.

¹⁰¹⁹ Entre otras, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 2; y 84/2004, de 10 de mayo, FJ 3.

¹⁰²⁰ STC 39/2016, FJ 2.

De este modo, la parte que pretende hacer valer su no interposición, deberá identificar y aportar sentencias contradictorias con la recurrida en amparo, susceptibles de cumplir con los requisitos de identidad y contradicción legalmente exigibles.

Algunos autores critican que la mera existencia objetiva de contradicción jurisprudencial puesta de manifiesto por otras partes autorice a desestimar la demanda de amparo por falta de interposición del recurso de casación para unificación de doctrina, pues no es posible exigir a quien pretenda recurrir en amparo que conozca dicha contradicción ya que «la obligatoriedad general de conocer las fuentes del derecho no se extiende, desde luego, a los pronunciamientos judiciales»¹⁰²¹. Sin embargo, a mi juicio, la postura del Tribunal Constitucional resulta acertada al permitir que la parte interesada pueda acreditar la existencia de una contradicción aunque fuera desconocida por la recurrente. La solución parece conforme con el principio dispositivo pues es el recurrido quien tiene interés en probar la existencia de contradicción, con la finalidad de que el recurso de amparo sea inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial ordinaria.

2) En segundo lugar, el recurso de casación para unificación de doctrina se interpone defectuosamente antes de acudir en amparo al Tribunal Constitucional.

Hay que tener en cuenta que de acuerdo con reiterada doctrina constitucional la frustración procesal de un recurso por causa imputable a la parte equivale a su no utilización e implica, por consiguiente, el no agotamiento de la vía judicial previa¹⁰²², o la extemporaneidad de la demanda de amparo por haberse interpuesto un recurso manifiestamente improcedente. En relación con ambos requisitos procesales exigidos para ser admitido el recurso de amparo, hay que tener en cuenta que no cabe tachar de «manifiestamente improcedentes» los recursos judiciales intentados que, siendo procedentes en abstracto, por estar previstos legalmente y ser idóneos en principio para reparar la lesión constitucional en cada caso considerada, se malogran sin embargo y resultan finalmente inadmitidos por los órganos judiciales por culpa de las omisiones o errores procesales del propio recurrente al formalizar el oportuno recurso. «Cuando la inadmisión del recurso judicial se produce por causa de su defectuosa interposición, el requisito procesal en vía de amparo constitucional

¹⁰²¹ GOERLICH PESET, J. M., «Recurso de casación para la unificación de doctrina y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 369.

¹⁰²² SSTC 112/1983 y 129/1992 y AATC 85/1983, 114/1983, 411/1984, 621/1984 y 466/1985.

que resulta incumplido no es ya el plazo de interposición (art. 44.2 LOTC), sino la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial que previene el artículo 44.1.a) LOTC» (ATC 198/2010, de 21 de diciembre). El criterio decisivo a tener en cuenta, por tanto, en estos supuestos es el comportamiento procesal del recurrente, es decir, un elemento de carácter subjetivo que no depende ya exclusiva ni principalmente de lo dispuesto en la legislación procesal. Por lo tanto, en los supuestos de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina antes de acudir en amparo, podemos encontrarnos jurisprudencia constitucional que en unos casos declara incumplido el requisito de la falta de agotamiento de la vía judicial previa y, en otros, declara la extemporaneidad del recurso de amparo por haberse interpuesto un recurso manifiestamente improcedente.

Por lo que se refiere, a la extemporaneidad del recurso de amparo por interposición de un recurso manifiestamente improcedente, la jurisprudencia señala que «deben armonizarse las exigencias del principio de seguridad jurídica, que demanda que la incertidumbre propia de la pendencia de un proceso no se prolongue indebidamente» con «las propias del derecho a la tutela judicial, que incluye el derecho del interesado a utilizar cuantas acciones y recursos sean útiles para la defensa de sus derechos e intereses»; ello «conduce a una aplicación restrictiva del concepto del recurso improcedente a efectos de apreciar la extemporaneidad del recurso por haberse alargado indebidamente la vía judicial previa, circunscribiéndola a los casos en los que tal improcedencia derive, de manera terminante, clara e inequívoca, del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad»¹⁰²³. El recurrente debe haber utilizado el recurso de una forma infundada o temeraria.

En consecuencia, la inadmisión de un recurso no comporta que su interposición haya de tenerse a la fuerza por manifiestamente improcedente o dilatoria a efectos del cómputo del plazo para recurrir en amparo. Solo lo será cuando la conducta procesal del recurrente revele a todas luces y, por tanto, objetivamente un comportamiento dilatorio, pues, como también ha declarado repetidamente el Tribunal Constitucional, «la razón de la extemporaneidad no está tanto ni solamente en el dato objetivo de la improcedencia del recurso judicial empleado, como en el hecho de que con su utilización se evidencie una prolongación indebida de la vía judicial ordinaria»¹⁰²⁴.

¹⁰²³ STC 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; o SSTC 38/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 144/2005, de 6 de junio, FJ 2; y 56/2008, de 14 de abril, FJ 2, entre otras.

¹⁰²⁴ SSTC 210/1998, de 27 de octubre, FJ 2; 132/1999, de 15 de julio, FJ 2; 131/2004, de 19 de julio, FJ 2; y 250/2005, de 10 de octubre, FJ 2.

Por lo que se refiere en concreto al recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Constitucional, a la hora de valorar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad del recurso de amparo, tiene en cuenta que la admisibilidad de dicho recurso de casación se encuentra rígidamente condicionada por las disposiciones legales que lo regulan, y por ello concluye que la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo no comporta, por sí sola, que su interposición haya de tenerse por manifiestamente improcedente o dilatoria a efectos del cómputo del plazo para recurrir en amparo¹⁰²⁵.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional considera que el fracaso de los recursos idóneos para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivale a su no utilización cuando tal fracaso es imputable a la conducta procesal del recurrente, es decir, debe apreciarse una actitud del recurrente a la que indubitadamente quepa achacar la inadmisión del recurso que presentó. No obstante, esta doctrina reseñada con carácter general ha sido matizada en los supuestos de defectuosa interposición del recurso de casación para unificación de doctrina, salvo cuando su inadmisión estuviera fundada en la interposición extemporánea del recurso. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que en tales casos ha de entenderse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC] «sobre la base de la aplicación del principio *pro actione*, que ha venido informando la jurisprudencia constitucional sobre objeciones formuladas a la demanda de amparo, vinculadas a la interposición defectuosa del recurso de casación para la unificación de doctrina (STC 126/1994, de 25 de abril; 263/1994, de 3 de octubre; 16/1995, de 24 de enero; 155/1999, de 14 de septiembre), o a su falta de interposición (SSTC 337/1993, de 15 de diciembre; 347/1993, de 22 de noviembre; 354/1993, de 29 de noviembre; 377/1993, de 20 de diciembre; 132/1994, de 9 de mayo; 140/1994, de 9 de mayo; 332/1994, de 19 de diciembre; 93/1997, de 8 de mayo; 183/1998, de 17 de septiembre; 5/1999, de 8 de febrero) (SSTC 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 2)» (STC 111/2000, de 5 de mayo, FJ 4; o SSTC 252/2004, de 20 de diciembre, FJ 2, y 329/2006, de 20 de noviembre, FJ 2).

La doctrina constitucional que acabamos de sintetizar se ha venido aplicando hasta finales de los años noventa de manera que el Tribunal Constitucional, sobre la base del principio *pro actione*, no analizaba las causas de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. Sin embargo, a partir del año 2000 comienzan a aparecer sentencias que tienen en cuenta los

¹⁰²⁵ Por todas, SSTC 56/2008, de 14 de abril; 169/2013, de 7 de octubre.

motivos en los que se fundamenta la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina y esta postura parece definitivamente consolidarse durante los años siguientes. Para el Tribunal Constitucional, a partir del período citado, no resulta aceptable cualquier comportamiento procesal de las partes, de manera que habrá de tener en cuenta la causa que en cada caso motivó la decisión judicial de inadmisión del correspondiente recurso.

El cambio doctrinal comienza a apreciarse en la STC 53/2000, de 28 de febrero, que, aun cuando hace referencia a la aplicación del principio *pro actione* en el ámbito de acceso al recurso de amparo, rechazó la objeción procesal relativa a la falta de agotamiento de la vía judicial previa, en que el recurso de casación para la unificación de doctrina fue inadmitido por falta de contradicción doctrinal entre las sentencias aportadas como de contraste, es decir, en que la inadmisión estaba fundada en un requisito de fondo y no en un requisito meramente procesal¹⁰²⁶. Para el Tribunal Constitucional, la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción entre la resolución recurrida y las sentencias ofrecidas como término de contraste, constituye un requisito de fondo y no meramente un requisito procesal, lo que excepciona el óbice de falta de agotamiento¹⁰²⁷. La calificación de un recurso como manifiestamente improcedente solo procede por razón del incumplimiento de los requisitos procesales y no opera respecto a las alegaciones de fondo. De esta forma, como ha señalado la doctrina, «se abría la posibilidad de que en futuros asuntos prosperase la inadmisión del amparo si el previo recurso de casación para unificación de doctrina hubiera sido inadmitido por defectos procesales»¹⁰²⁸.

El ATC 64/2007, de 26 de febrero, que sigue la doctrina ya apuntada en la STC 53/2000 y, especialmente en la STC 60/2004, de 19 de abril, recoge con claridad la nueva postura del Tribunal Constitucional. En efecto, según el citado Auto no resulta admisible cualquier comportamiento procesal de las partes en relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina. Su interposición «será manifiestamente improcedente cuando resulte a todas luces incompatible con la función institucional de la unificación de doctrina, conforme a la regulación legal y a la interpretación constante de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, esto es, cuando la utiliza-

¹⁰²⁶ En la misma línea, STC 111/2000, de 5 de mayo.

¹⁰²⁷ SSTC 53/2000, de 28 de febrero, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 2.

¹⁰²⁸ SÁEZ LARA, C., «La difícil articulación entre el recurso de amparo y el recurso de casación para la unificación de doctrina. Comentario a la STC 60/2004, de 19 de abril», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXII, Dir. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 153.

ción de ese cauce de reacción procesal tenga lugar en casos en los que la finalidad de procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico ante la divergencia de doctrinas no sea, ex ante y según los criterios reiterados por el Tribunal Supremo, una hipótesis concebible».

Por lo tanto, «en aquellos supuestos en los que se recurra la unificación de doctrina contraviniendo la función institucional del recurso, por no existir Sentencias de contraste susceptibles de fundamentar su interposición, habrá que considerar manifiestamente improcedente el recurso presentado» (ATC 64/2007). En este sentido, se ha inadmitido el recurso de amparo, por extemporaneidad al haberse interpuesto un recurso manifiestamente improcedente, cuando el Tribunal Supremo no ha podido pronunciarse sobre el contenido del recurso de casación para unificación de doctrina «por no haberse aportado como sentencia de contraste una dictada por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo o una sentencia de suplicación de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia, como exige de manera clara y terminante el artículo 217 LPL en función de lo que constituye el objeto y naturaleza específica de este recurso» (STC 60/2004, de 19 de abril); o cuando el recurrente se limita «a exponer la contradicción existente entre la resolución recurrida y la sentencia de contraste aportada, sin denunciar la infracción de ley que atribuía a la sentencia recurrida» (ATC 229/2008, de 21 de julio).

En todo caso, conviene precisar que, siguiendo la doctrina constitucional, el incumplimiento de los requisitos procesales ha de ser siempre manifiesto e incontrovertible a la luz del propio texto legal y de la jurisprudencia dictada en su interpretación. Lo que negativamente significa que no se aprecia el óbice procesal relativo a la falta de agotamiento de la vía judicial previa cuando la interpretación del correspondiente requisito procesal es controvertida al tiempo de la interposición del recurso judicial o cuando su verdadero significado ha sido aclarado poco tiempo antes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su función de intérprete supremo de la legalidad ordinaria. En este sentido, la STC 4/2000, de 17 de enero, rechazó el óbice de falta de agotamiento de la vía judicial ordinaria porque «la exigencia de firmeza de las Sentencias de contraste constituía una exigencia procesal de creación jurisprudencial reciente en la fecha de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina del recurrente, y cuyo ajuste constitucional, desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso, planteado ante este Tribunal Constitucional, fue resuelto con posterioridad al recurso intentado por el recurrente».

Asimismo, debe también advertirse que para el Tribunal Constitucional no cabe apreciar sin más el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial ordinaria cuando el recurso de casación para la unificación de doctrina

resulta frustrado por no contener la exposición precisa y circunstanciada de la contradicción doctrinal entre la resolución recurrida y la seleccionada como término de contraste que exige la LRJS. En estos casos el Tribunal Constitucional ha señalado que, aunque la justificación de dicho extremo es ciertamente un requisito de admisión del respectivo recurso cuyo incumplimiento el Tribunal Supremo acostumbra a censurar con el correspondiente rigor y, por tanto, con la declaración de inadmisión, sin embargo «no hay duda de que no es desde luego lo mismo prescindir lisa y llanamente de la correspondiente justificación que exponerla en forma infundada. Como tampoco, en este último caso, es jurídicamente indiferente el carácter grosero o simplemente discutible del carácter infundado de la justificación ofrecida. Lo que naturalmente habrá de ser valorado en forma circunstanciada en cada caso a fin de poder extraer justificadamente las conclusiones que procedan» (ATC 198/2010, de 21 de diciembre). Por lo tanto, habrá que estar a las circunstancias de cada caso para poder determinar si el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto sin contener la fundamentación que como requisito procesal de acceso al recurso previene la normativa procesal implica la calificación del mismo como «manifiestamente improcedente».

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA E INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

El incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241.1 LOPJ constituye un remedio extraordinario que solo se dirige frente a lesiones que no hayan podido denunciarse en el seno de la vía judicial ordinaria. En efecto, de conformidad con dicho precepto «no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

El incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales, pues el incidente no resulta exigible solo respecto de la lesión de derechos procesales del artículo 24 CE como sucedía antes de la citada reforma, sino también y de manera novedosa respecto de la

lesión de los derechos fundamentales sustantivos. No puede considerarse, por tanto, como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso¹⁰²⁹. En definitiva, «el incidente de nulidad de actuaciones sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley» (STC 153/2012, de 16 de julio).

En consecuencia, no será necesario que el recurrente reitere una queja a través de un incidente de nulidad que, por referirse a una vulneración ya denunciada con anterioridad, deviene manifiestamente improcedente¹⁰³⁰. Ahora bien, aun cuando en el incidente de nulidad de actuaciones se reiteren las mismas vulneraciones ya alegadas en el proceso, el Tribunal Constitucional ha entendido que no estamos ante un recurso manifiestamente improcedente si el órgano judicial entra en el fondo del asunto. En efecto, específicamente en relación con la formulación del incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal Constitucional ha afirmado que cuando es admitido a trámite, analizado y resuelto por el órgano judicial, aunque pudiera resultar dudosa su utilización, debe rechazarse el óbice procesal relativo a la extemporaneidad por recurso manifiestamente improcedente si la demanda de amparo se presenta dentro del plazo previsto en el artículo 44.2 LOTC, contado a partir de la fecha en la que los órganos judiciales dieron por agotada la vía judicial al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones¹⁰³¹.

De este modo, la interposición del incidente de nulidad resulta necesaria cuando se den dos requisitos: en primer lugar, que el ordenamiento procesal no

¹⁰²⁹ Según la doctrina del Tribunal Constitucional, los órganos judiciales, a la vista de la ordenación del recurso de amparo tras la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, «deben realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, motivando suficientemente su decisión, puesto que la reforma ha acentuado la función de los Tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria» (STC 180/2015, de 7 de septiembre).

¹⁰³⁰ ATC 293/2014, de 10 de diciembre. En este mismo sentido, ver, en materia laboral, STC 187/2014, de 17 de noviembre: «Por consiguiente, como quiera que las censuras que se realizan a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fueron ya planteadas ante ésta, con invocación del artículo 24 CE, no resultaba obligado reiterar la misma argumentación formulada en el recurso y rechazada en la Sentencia a través de un incidente de nulidad de actuaciones que únicamente hubiera tenido por objeto discrepar con la resolución dictada, contraviniendo la finalidad del remedio procesal y su configuración legal».

¹⁰³¹ SSTC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 2; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 148/2003, de 14 de julio, FJ 2; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 131/2004, de 19 de julio, FJ 3; 85/2005, de 18 de abril, FJ 2; 127/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 246/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 2.

haya previsto ningún recurso o medio impugnatorio ordinario o extraordinario al que acogerse para obtener el restablecimiento en su integridad del derecho fundamental vulnerado, y, en segundo lugar, que la parte no haya podido denunciar su queja constitucional en un momento inmediatamente anterior al de la resolución que haya puesto fin al proceso.

En materia laboral esta cuestión ha planteado en un principio algunas dudas interpretativas cuando la sentencia del Juzgado de lo Social estima la demanda, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte contraria y no se formaliza recurso de casación para unificación de doctrina porque la parte invoca la imposibilidad de hallar sentencias de contraste con las que poder confrontar la impugnada. En estos casos, en los que se interpone recurso de amparo directamente contra la sentencia de suplicación, se ha cuestionado si se ha agotado correctamente la vía judicial ordinaria o, por el contrario, debería haberse interpuesto incidente de nulidad de actuaciones frente a dicha sentencia, ya que el fallo dictado en la misma es el que habría causado la vulneración del derecho fundamental que se invoca en amparo.

Pues bien, en estos casos el Tribunal Constitucional ha entendido que no puede reprocharse al demandante de amparo que no haya formalizado el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ cuando la cuestión de fondo se ha suscitado ya desde el instante mismo de la presentación de la demanda ante los Juzgados de lo Social. En tales circunstancias, la promoción del incidente de nulidad de actuaciones hubiera resultado materialmente inútil y manifiestamente improcedente (STC 2/2017, de 16 de enero). Por tanto, en este tipo de supuestos, «basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el mencionado requisito. Lo contrario supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración»¹⁰³².

Si la vulneración la causa por primera vez la Sentencia por la que se resuelve el recurso de suplicación y contra la misma se interpone recurso de

¹⁰³² STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2. Como señala la STC 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 2, «ciertamente, no cabe reprochar a las demandantes de amparo que no hayan formalizado el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) frente a la Sentencia recurrida en amparo, dado que al haber tenido la cuestión de fondo una dimensión constitucional desde el inicio mismo de la controversia, como se advierte en el texto de la reclamación previa a la vía judicial laboral y en el de la demanda presentada ante el Juzgado de lo Social, el Tribunal Superior de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse al resolver el recurso de suplicación sobre la infracción del derecho a la igualdad (art. 14 CE) que ahora se alega en vía de amparo».

casación para unificación de doctrina que es inadmitido por no cumplirse con los requisitos procesales exigidos, en estos casos el Tribunal Constitucional, hasta la STC 112/2019, de 3 de octubre, ha venido exigiendo, desde la STC 39/2003, de 27 de febrero, que para entender correctamente agotada la vía judicial ordinaria antes de recurrir en amparo, debe interponerse el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. En efecto, el Tribunal Constitucional ha venido considerando necesaria la interposición del incidente de nulidad de actuaciones porque al inadmitirse el recurso de casación para unificación de doctrina, o al no haberse interpuesto por no existir sentencias contradictorias, si se acude directamente en amparo ningún órgano judicial se habría pronunciado sobre la vulneración del derecho fundamental alegado. En este sentido, no hay que olvidar que es a los órganos integrantes del Poder Judicial a quienes primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de manera que la jurisdicción constitucional solo puede intervenir una vez que, intentada dicha reparación, la misma no se ha producido, quedando agotada la vía judicial¹⁰³³.

Por este motivo, entre otras, en las SSTC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3, 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 3, 83/2004, de 10 de mayo, FJ 2, 140/2006, de 8 de mayo, FJ 2, 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 6 y STC 169/2013, de 7 de octubre, FJ 3, el Tribunal Constitucional ha establecido que, «antes de impetrar el amparo constitucional, tras la inadmisión por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo del recurso de casación para la unificación de doctrina, es necesario interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial de suplicación al que se imputa la lesión».

Esta doctrina constitucional, conocida con el nombre de doctrina de la reviviscencia, fue elaborada en el ámbito laboral ante la dificultad de que el recurso de casación para unificación de doctrina sirva de cauce para la reparación de derechos fundamentales. En el recurso de casación para unificación de doctrina lo que se pide es acreditar que ante los mismos o distintos justiciables y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la resolución impugnada y la que se ofrece como de contraste llegan a soluciones jurídicas distintas. El objeto de este recurso es, por tanto, la unificación de criterio.

Es más, aunque el actual artículo 219.2 de la Ley de la Jurisdicción Social parece abrir la mano a un control de reparación de derechos fundamentales, al

¹⁰³³ SSTC 122/1996, de 8 de julio, FJ 2; 76/1998, de 31 de marzo, FJ 2; 173/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 2; y 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 2

permitir la invocación –al contrario de lo que venía sucediendo hasta su entada en vigor– de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional o por un Tribunal supranacional sobre derechos humanos, a renglón seguido condiciona su procedencia a que se cumplan los requisitos del apartado 1, esto es: que se acredite la identidad de «hechos, fundamentos y pretensiones». De esta manera, no basta con invocar una doctrina constitucional, sino que el caso enjuiciado en la sentencia del Tribunal Constitucional debe ser sustancialmente igual al del recurrente correspondiente¹⁰³⁴. Así, además lo viene interpretando la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, esto es, en un sentido restrictivo.

En consecuencia, el recurso de casación para unificación de doctrina sigue siendo un medio de impugnación inidóneo, salvo excepciones, para impetrar la reparación de derechos fundamentales, lo que es especialmente evidente en los supuestos en los que se imputa a la sentencia de suplicación distintas infracciones procesales. Efectivamente, para el Tribunal Constitucional, cuando los recurrentes denuncian la infracción procesal como un motivo más del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia impugnada, están utilizando «una vía en la que difícilmente se puede obtener la subsanación perseguida (debido a las especialidades de ese recurso extraordinario)» (ATC 448/2006, de 11 de diciembre).

Por esta razón, como venimos diciendo, el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo:

— De un lado, que la interposición del recurso de casación para unificación de doctrina, aunque sea inidóneo para la reparación de derechos fundamentales, si existen sentencias contradictorias es obligatoria, pues si el recurso se estima, en virtud de ese juicio de unificación peculiar que le caracteriza, el interesado ya no necesitaría acudir en amparo;

— Y, de otro lado, que si el recurso fracasa en fase de admisión, por no apreciarse las necesarias identidades, tras la notificación del auto de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina, debe interponerse incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal de suplicación que ha causado *ex novo* la lesión del derecho fundamental y solo tras su intento infructuoso podría interponer recurso de amparo¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ En este sentido, ver DESDENTADO BONETE, A., «La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», en *Lecciones de Jurisdicción Social*, Dir. M. Nogueira Gustavino y G. García Becedas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

¹⁰³⁵ Como ha señalado la doctrina, solo cabe el incidente de nulidad tras el planteamiento del recurso de casación para unificación de doctrina en los supuestos en que este recurso se inadmitido o sea desestimado por falta de contradicción. Así, CASAS BAAMONDE, M. E., «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», en *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje*

Pues bien, esta situación que acabamos de describir ha cambiado tras la aprobación de la STC 112/2019, de 3 de octubre, en la que, en síntesis, el Tribunal ha establecido que no es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones a efectos de agotar la vía judicial previa al recurso de amparo en aquellos supuestos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior, y dicha vulneración ha quedado imprejuzgada porque el ulterior recurso interpuesto contra la misma ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte. La sentencia considera, por tanto, que en estos supuestos no es preciso interponer incidente de nulidad de actuaciones antes de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, aunque si se hiciera no se considerará como un recurso manifiestamente improcedente que ha alargado indebidamente la vía judicial ordinaria.

La STC 112/2019 construye una nueva doctrina general sobre la exigencia del incidente de nulidad de actuaciones en los recursos de casación de todos los órdenes jurisdiccionales y de todas las modalidades de dichos recursos, y lo hace sobre la base de un asunto relativo a la casación contencioso-administrativa.

La razón alegada por la Sentencia para justificar este cambio de postura radica en que la jurisprudencia constitucional «no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso» (SSTC 135/2006, de 8 de mayo; 152/2006, de 22 de mayo; 62/2007, de 27 de marzo). Considera la Sentencia que en el presente caso no estamos ante un supuesto en el que proceda de manera clara y precisa la interposición del incidente de nulidad de actuaciones que está previsto cuando la vulneración de derechos fundamentales que se imputa a la resolución judicial, «no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ). En estos casos frente a la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales se ha interpuesto el recurso procedente, el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Para la Sentencia cabe formular incidente de nulidad en los casos en los que el recurso interpuesto contra la resolución lesiva de derechos fundamenta-

al Prof. Fernando Suárez González, Ed. La Ley, Madrid 2004, pp. 473 a 475; QUINTANA PELLICER, J. de, «Recurso de suplicación e incidente de nulidad de actuaciones. Momento procesal y órgano judicial adecuados para interponerlo», *Tribuna Social*, núm. 214, 2008, pp. 14 ss.

les ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte. Es decir, si se interpone el incidente de nulidad, en el ejemplo que venimos siguiendo, frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, no puede decirse que se ha alargado indebidamente la vía judicial ordinaria y no puede entenderse que era un recurso manifiestamente improcedente. Puede no ser necesario pero si se ha planteado esta circunstancia no va a perjudicar al recurrente a la hora de interponer el recurso de amparo.

Así, afirma la STC 112/2019 que, «esta interpretación, aunque no se deduce del tenor del artículo 241.1 LOPJ, no lo contraviene y se justifica en la necesidad de otorgar un cauce impugnatorio a través del cual pueden tutelarse las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a la resolución contra la que se interpuso el recurso y que no pudieron ser enjuiciadas al haberse inadmitido el recurso por razones procesales».

En este sentido, la sentencia parece contradictoria pues, por un lado, dice que no es exigible interponer el incidente de nulidad de actuaciones y, por otro, que si se interpone esto no va a suponer un alargamiento indebido de la vía judicial ordinaria. La razón que ofrece para justificar esta postura es que tras la reforma legal del año 2007, la naturaleza del recurso de amparo ha cambiado y ahora ya no garantiza en todo caso la tutela de los derechos fundamentales, pues para que este recurso sea admitido a trámite «no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1.b) LOTC]» (STC 155/2009, FJ 2, entre otras muchas). Por ello, se ha previsto un cauce procesal en la vía judicial para garantizar el derecho al recurso frente a las vulneraciones de derechos fundamentales que sean imputables directamente a los órganos judiciales cuando resuelven en única o última instancia. Este cauce procesal es el incidente de nulidad de actuaciones que regula el artículo 241.1 LOPJ.

Por este motivo, continúa afirmando la STC 112/2019, «con el fin de garantizar la tutela judicial frente a las vulneraciones de derechos fundamentales que ocasionen los órganos judiciales cuando sus decisiones no son susceptibles de recurso, ha de interpretarse que cabe interponer este incidente también en los casos en los que el recurso interpuesto contra la resolución que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte. En estos supuestos, la frustración del recurso, al no ser consecuencia de la defectuosa actuación procesal de la parte, no puede conllevar que el recurrente no pueda obtener la tutela de los derechos fundamentales que hizo valer a través del recurso

intentado y por ello en estos casos, una vez inadmitido el recurso –siempre que su interposición no pueda calificarse de manifiestamente improcedente–, puede solicitar la tutela de los referidos derechos instando un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales. Resulta, por tanto, que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en supuestos como el que ahora se examina, al no derivarse de forma clara su procedencia del tenor del 241.1 LOPJ, no será un requisito necesario para agotar la vía judicial previa al amparo ante este Tribunal [art. 44.1.a) LOTC]; pero si se presenta ha de considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido y, por tanto, no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial».

Para el Tribunal Constitucional, aunque el órgano judicial no se ha pronunciado sobre la vulneración del derecho fundamental alegado porque el recurso ha sido inadmitido por razones procesales, puede acudir directamente en amparo siendo, en este caso, el Tribunal Constitucional el órgano que se pronunciará por primera vez sobre la vulneración alegada. Sin embargo, si el recurrente una vez inadmitido el recurso de casación para la unificación de doctrina decide interponer incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial al que se imputa la vulneración del derecho fundamental, también actuará correctamente porque es en ese momento, al no ser ya la resolución susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, cuando concurre el presupuesto procesal que determina la procedencia de este incidente y, por tanto, puede utilizarse este cauce procesal para obtener la tutela de derechos fundamentales que se consideran vulnerados por la referida resolución.

Son varias las dudas que plantea, a mi juicio, esta sentencia. La primera es la de determinar si con esta solución se garantiza o no la subsidiariedad del recurso de amparo ya que al inadmitirse el recurso de casación para la unificación de doctrina por motivos procesales ningún órgano judicial se habrá pronunciado sobre la vulneración alegada y así lo reconoce la propia sentencia al hacer alusión a la naturaleza del recurso de amparo tras la reforma del año 2007. Como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, corresponde a los órganos integrantes del Poder Judicial «la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de manera que la jurisdicción constitucional solo puede intervenir una vez que, intentada dicha

reparación, la misma no se ha producido, quedando agotada la vía judicial»¹⁰³⁶. La tutela general de los derechos y libertades corresponde conforme al artículo 53.2 CE, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. Además, «el protagonismo otorgado por la Ley Orgánica 6/2007 a los Tribunales ordinarios, acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria»¹⁰³⁷, debe ser puesta en conexión con la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones, pues no hay que olvidar que de no tener el caso especial trascendencia constitucional, el incidente es la última vía que permitiría la reparación de la vulneración denunciada. Por lo tanto, si el recurso de casación para la unificación de doctrina se inadmite por razones procesales, no se interpone el incidente de nulidad y el recurso de amparo se inadmite por falta de especial trascendencia constitucional, el recurrente no habrá obtenido ninguna respuesta a la vulneración del derecho fundamental alegada.

El Tribunal Constitucional tras la STC 112/2019 considera que el recurrente ha utilizado el recurso adecuado para reparar la vulneración del derecho fundamental que se imputa a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, el recurso de casación para la unificación de doctrina, y una vez inadmitido y, por tanto, aunque no se ha obtenido una sentencia que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión planteada, el recurrente puede acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Esta conclusión a la que llega el Alto Tribunal plantea una segunda duda, la de si el recurso de casación para la unificación de doctrina en materia laboral es un recurso adecuado para intentar la reparación de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados.

A mi juicio, la STC 112/2019 debería haber dictado doctrina sobre esta materia exclusivamente para el orden contencioso administrativo y no extender sus conclusiones a todos los órdenes jurisdiccionales, pues las características del recurso de casación contencioso-administrativo y del recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social son diferentes, y esto podría justificar soluciones distintas.

Así, en materia laboral, pueden existir en un mismo asunto motivos de impugnación que permitan articular el recurso de casación para la unificación de doctrina frente a una sentencia dictada en suplicación, y al mismo tiempo

¹⁰³⁶ SSTC 122/1996, de 8 de julio, FJ 2; 76/1998, de 31 de marzo, FJ 2; 173/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3.

¹⁰³⁷ STC 180/2015, de 7 de septiembre.

vulneraciones de un derecho fundamental no susceptibles de articularse por la vía del recurso de casación para unificación de doctrina pues pueden no existir sentencias contradictorias sobre esa concreta vulneración que se plantea. En este sentido podemos pensar en cualquier vicio procesal que se impute a la sentencia de suplicación y que a juicio del recurrente vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Como ha señalado la doctrina, «a nadie escapa que si lo que el litigante va a denunciar es un vicio procesal provocado precisamente por la sentencia de suplicación, resulta prácticamente imposible que la *ratio decidendi* de esa misma sentencia verse sobre la infracción procesal en que ella misma incurre, como exigen los requisitos de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina»¹⁰³⁸. Por ello, en estos casos, parece lógico que se interponga el recurso de casación respecto de los motivos susceptibles del mismo y, en el caso de que sea inadmitido, dado los rigurosos requisitos a que está sujeto, tras dicha inadmisión debería interponerse el incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, como se venía exigiendo, para garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo.

La sentencia, sin embargo, da un trato igual a recursos que son en sí mismos distintos e invoca la doctrina constitucional de la reviviscencia, como supestamente genérica, cuando en realidad se viene refiriendo a una específica modalidad casacional, el recurso de casación para la unificación de doctrina laboral. El Tribunal Constitucional ha modificado la teoría de la reviviscencia del recurso de casación para la unificación de doctrina laboral sin atender a las especificidades de los distintos recursos de casación y lo ha hecho a propósito de un medio de impugnación sustancialmente distinto como es la casación contencioso-administrativa, que sí es cauce, porque así lo prevé la ley, para la reparación de derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que, «el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», y el artículo 88.2 e) de la misma, prevé que, «el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución

¹⁰³⁸ LÓPEZ DE LA ARRIBA, I., y PEDRAJAS HERRERO, A., «Las complejas relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el incidente de nulidad de actuaciones frente a sentencias de suplicación. Una visión a la luz de las restricciones para la admisibilidad del recurso de amparo», en *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 299.

que se impugna: (...) e) interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional».

El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral, como hemos señalado, es posible que se fundamente en la presunta infracción de un precepto constitucional pero siempre que se dé la necesaria identidad entre los supuestos contrastados (hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales). En concreto, el Tribunal Supremo «debe comprobar si se da la igualdad suficiente para apreciar la existencia de contradicción, respecto de las concretas circunstancias fácticas que, siendo relevantes para valorar si se traspasaron o no los límites del derecho fundamental, concurrían en cada caso cuando se produjo el ejercicio de dicho derecho»¹⁰³⁹. Esto evidentemente dificulta el hallazgo de términos válidos para tal contraste, de ahí que afirmemos que, salvo excepciones, el recurso de casación para la unificación de doctrina no es un medio idóneo para reparar la vulneración de derechos fundamentales, al contrario de lo que sucede con el recurso de casación ordinario.

En efecto, no solo en el recurso de casación contencioso-administrativo, sino también en el recurso de casación civil, penal y social (el ordinario, no el recurso de casación para unificación de doctrina), se puede invocar la lesión de derechos fundamentales. Así, el artículo 207 LRJS señala que el recurso de casación habrá de fundamentarse, entre otros motivos, en la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». Por lo tanto, el recurso podrá fundamentarse en la infracción de un precepto constitucional, sin que se exija en este caso ningún requisito adicional que dificulte su interposición. Y, en el mismo sentido, artículo 477.1 LEC, respecto del recurso de casación civil, y artículo 852 LECrim, respecto del recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma.

Es, por tanto, la configuración legal de los recursos la que da la pauta de si ha de formularse éste o no como vía previa al recurso de amparo y, por tanto, no parece que pueda darse el mismo tratamiento a todos los supuestos en relación con la necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones. El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral no es igual que el recurso de casación ordinario de los distintos órdenes jurisdiccionales y es precisamente esa diferencia la que justificó la doctrina de la reviviscencia.

En todo caso, debe quedar claro que la STC 112/2019 lo que modifica es dicha doctrina, de manera que si el recurso de casación para la unificación de

¹⁰³⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., «Comentario al artículo 219 de la LRJS», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social* (coord. A. V. Sempere Navarro), Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 1194.

doctrina es inadmitido no será necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia a la que se imputa la vulneración del derecho fundamental; por el contrario, si no se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de sentencias contradictorias, el recurrente deberá interponer incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente antes de acudir en amparo al Tribunal Constitucional si la vulneración la causa por primera vez dicha Sentencia.

Además, no hay que olvidar que la vulneración del derecho fundamental que se imputa a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia deberá ser alegada en el recurso de casación para unificación de doctrina, no bastando simplemente con su interposición. Si la vulneración no se alega en el recurso de casación, el recurso de amparo será inadmitido por falta de invocación de la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubo lugar a ello (art. 44.1.c) LOTC).

Mención especial merecen también aquellos supuestos en los que en el recurso de amparo se alegan varias vulneraciones de derechos constitucionales, unas imputables a la última resolución judicial dictada y otras planteadas a lo largo del proceso. En estos casos, si no se interpone el incidente de nulidad de actuaciones, la vulneración concreta imputable a la última resolución –por ejemplo, el auto de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina– no puede ser sustanciada en el proceso de amparo, pero, en contraste, el Tribunal Constitucional no advierte razón alguna por la que esa circunstancia deba extender sus efectos sobre las vulneraciones que han sido oportunamente debatidas en el curso del proceso judicial. Así, señala que, «la posición según la cual la falta de denuncia de la última vulneración (por lo común procesal) consumada debe arrastrar todas las anteriores se funda en un criterio rigorista que no tiene asiento en el sistema de nuestra Ley Orgánica, ya que (y solo de ese supuesto nos ocupamos) las lesiones previamente acaecidas han sido temporáneamente denunciadas y se ha agotado la vía judicial respecto de ellas» (STC 101/2018, de 1 de octubre). Por todo ello, afirma el Tribunal Constitucional que la decisión que corresponde en estos casos, es la de apreciar el óbice de falta de interposición de incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solo para las quejas imputables a la última resolución judicial. «Una circunstancia que implica de modo derivado, por tanto, una posible decisión de admisión del recurso en lo que atañe a las demás denuncias, ya que nada impide, descartado el efecto arrastre en los términos descritos y como se desprende del artículo 50.1 LOTC, la admisión de la demanda para la sustanciación de las vulneraciones adicionales aducidas,

conforme a lo dispuesto en tal precepto y siempre que se cumplan los requisitos de admisibilidad del elenco que esa previsión normativa contiene, al ser posible la admisión del recurso de amparo en todo o en parte, dice la Ley Orgánica».

Asimismo, hay que tener en cuenta que aunque no se impute ninguna infracción constitucional autónoma al Auto en el que, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, desestimó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el recurrente en amparo, esa circunstancia no impide, sin embargo, de producirse la estimación de la vulneración constitucional que se imputa a la Sentencia de casación, proceder a la anulación del Auto que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la misma, retro trayéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de aquella Sentencia para que la Sala pueda pronunciar una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental de la parte recurrente ¹⁰⁴⁰.

Por último, no hay que olvidar que para interponer el incidente de nulidad de actuaciones tiene que haber transcurrido el plazo previsto legalmente para presentar el recurso de casación para unificación de doctrina. En efecto, el incidente de nulidad de actuaciones deberá presentarse una vez transcurrido el plazo de diez días previsto en el artículo 220.1 LRJS para la presentación del recurso de casación para unificación de doctrina, pues solo transcurrido ese plazo la sentencia frente a la que se interpone el incidente será firme ¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴⁰ SSTC 186/2015, de 21 de septiembre, FJ 6; 163/2016, de 3 de octubre, FJ 5; 38/2018, de 23 de abril, FJ 2.

¹⁰⁴¹ En este sentido ver, STC 31/2012, de 12 de marzo, según la cual: «Es claro que la posibilidad de recurrir en casación para la unificación de doctrina está vinculada a la existencia de una Sentencia de contradicción que permita fundar el recurso, en cuya ausencia la Sentencia de duplicación no es en realidad recurrible, por lo que sí cabría el incidente de nulidad de actuaciones, cosa distinta es que en este caso, lo cierto es que cuando se presentó el incidente la Sentencia no era aún firme, porque estaba en plazo para la presentación de un posible recurso de casación para unificación de doctrina, no concurriendo, por lo tanto, uno de los requisitos del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

RELACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

A) *Artículos y comentarios de revistas*

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., y SEMPERE NAVARRO, A. V., «Comparación de Sentencias sobre despido nulo en el RCUd», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 11, 2005 (BIB 2005\1183).
- ARUFE VARELA, A., «Defectos de técnica legislativa en la regulación de la nueva modalidad procesal de impugnación colectiva del despido colectivo: la necesidad de una reforma inaplazable», *Relaciones Laborales*, núm. 12 (2013).
- CABERO MORÁN, E., «Las sentencias recurribles y contradictorias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Actualidad laboral*, núm. 29 (1992).
- CAMPOS ALONSO, M. A., «El recurso de casación para la unificación de la doctrina: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 16 (1992).
- CASAS BAAMONDE, M. E., «Jurisdicción social y jurisdicción constitucional: el renovado recurso de casación para la unificación de doctrina “común” y sus nuevas modalidades en interés de la legalidad», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2012).
- CASCAREJO SÁNCHEZ, L., y PINILLA GONZÁLEZ, M. A., «¿Es necesario el recurso de casación para la unificación de doctrina para recurrir en amparo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 59 (1993).
- CASTELL VALLDOSERA, L., «La infracción de normas procesales como motivo para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina», *Revista de Derecho Social*, núm. 7 (1999).
- CASTRO ARGÜELLES, M. A., «El despido objetivo por bajas intermitentes en cuatro meses discontinuos: los meses se computan de fecha a fecha y se incluyen en el tiempo sujeto a comprobación», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2 (2019).
- COSCULLUELA MONTANER, L. M., «El recurso en interés de la ley», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102 (1993).

- DESDENTADO BONETE, A., «Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social. Una reflexión crítica y una propuesta. De nuevo, el caso de Galerías», *Revista Española de Derecho del Trabajo* (1995).
- «La contradicción de sentencias en la unificación de doctrina», *La Ley*, núms. 3971 y 3999 (1996).
- «Los recursos de casación en la LRJS y en el RD-ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», *Aranzadi Social*, núm. 7 (2012).
- «La nueva casación para la unificación de doctrina en la ley reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103 (2013).
- «Los problemas procesales del caso Diego Porras. Una reflexión crítica sobre la congruencia en el proceso social», *El Derecho*, núm. 2 (2019).
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La institución de la casación y nuestro modelo casacional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 147 (2010).
- «La nueva regulación de la casación laboral en el ordenamiento procesal peruano», *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica S. A., Perú, núm. 36 (2010).
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., «La ejecución en los procesos de despidos colectivos. Especial referencia a las sentencias de naturaleza colectiva», *Trabajo y Derecho*, núm. 28 (2017).
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «La casación para unificación de doctrina y el requisito de la identidad de hechos comparados en los despidos disciplinarios», *RTySS-CEF*, núm. 435 (2019).
- GARCÍA MURCIA, J., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una primera aproximación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 435 (2019).
- «La jurisprudencia laboral y social del Tribunal Supremo: Caracterización general y líneas recientes de desarrollo», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6 (2019).
- GIL PLANA, J., «La inexistencia de indicios de discriminación en un despido y revisión de hechos probados en suplicación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 7 (2009).
- GOERLICH PESET, J. M., «Recurso de casación para la unificación de doctrina y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, tomo II (1992).
- GONZÁLEZ CALVET, J., y SERNA CALVO, M., «La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria», *Relaciones Laborales*, núm. 11 (2014).
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La prueba en el proceso laboral: objeto, carga y posibilidades de impugnación», *Aranzadi Social*, núm. 10 (2006).

- JIMÉNEZ FORTEA, F. J., «La naturaleza de la casación para la unificación de doctrina laboral», *Actualidad Laboral*, núm. 45 (1998).
- «Origen del recurso de casación para la unificación de doctrina laboral», *Revista de treball, Economia i Societat*, Consell Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, núm. 13, abril (1999).
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La nueva modalidad procesal de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2013).
- «La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47 (2017).
- MARTÍN BRAÑAS, C., «Norma procesal y recurso de casación para la unificación de doctrina», *Documentación Laboral*, núm. 51 (1997).
- MARTÍN VALVERDE, A., «La resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina», *RL*, tomo II (1992).
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L., «Cuestiones previas y prejudiciales en el proceso laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 40 (1989).
- MASCARELL NAVARRO, M. J., «La inadmisión de los recursos de casación laboral por falta de contenido casacional: antecedentes y análisis crítico de la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13 (2007).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Alcance de la doctrina de la exención de contradicción en la casación unificadora por el juego de la cosa juzgada colectiva (despido colectivo/reclamación individual de cesión ilegal). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 907/2018, de 16 de octubre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, junio 2019.
- «La cosa juzgada positiva en el proceso social. Configuración legal y aportación jurisprudencial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 437-438 (2009).
- MERCADER UGUINA, J. R., «Las travesías por la incertidumbre del recurso de casación para la unificación de doctrina», *Relaciones Laborales*, núm. 18 (2005).
- MIGUEL LORENZO, A. de, «El recurso de casación para la unificación de doctrina: ¿un recurso excepcional?», *Relaciones Laborales*, núm. 2 (1994).
- MOLERO MARAÑÓN, M. L., «Una nueva valoración crítica de la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina», *Relaciones Laborales*, núm. 13 (2002).
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La problemática del recurso de casación para la unificación de la doctrina», *Relaciones Laborales*, núm. 13 (2005).
- «La ejecución colectiva como instrumento de tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional social», *Diario La Ley*, núm. 8674 (2016).
- MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la Unificación de Doctrina en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social*, núm. 5 (1998).

- MORAL GARCÍA, A. del, «Ministerio Fiscal y reforma de la justicia», *Jueces para la Democracia*, núm. 43 (2002).
- MORALES BRAVO, J. M., «La naturaleza y ubicación constitucional del Ministerio Fiscal español: un órgano en permanente equilibrio», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 10 (2017).
- ORFILA RODRÍGUEZ, J. A., «La revisión de hechos probados en el recurso de suplicación: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, núm. 44 (1998).
- PÉREZ MORALES, M. G., «Revisión en suplicación de hechos declarados probados con base en pruebas documental y pericial: Comentario a la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife, 8 de septiembre de 2006», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1 (2007).
- QUINTANA PELLICER, J. de, «Recurso de suplicación e incidente de nulidad de actuaciones. Momento procesal y órgano judicial adecuados para interponerlo», *Tribuna Social*, núm. 214 (2008).
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sentencias de contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 (rec. 2259/2017)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 435 (2019).
- SAGARDOY DE SIMÓN, I., «Despido colectivo y procesos individuales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165 (2014).
- SAINZ MORENO, F., «El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 108 (1985).
- SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La ejecución de sentencia en el procedimiento colectivo de despido (art. 124 de la LRJS)», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (2014).
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Revisión de hechos probados al impugnar el recurso de suplicación (Comentario a la STC 4/2006, de 16 de enero)», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7 (2006).
- «Rectificación del concepto de accidente de trabajo en misión», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 9 (2007).
- «El papel de la Fiscalía según la LRJS», en *Aranzadi Social*, núm. 5 (2013).
- TASCÓN LÓPEZ, R., «Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el Orden Social de la Jurisdicción», *Temas Laborales*, núm. 86 (2006).
- «La impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral», *RTSS (CEF)*, núms. 353-354 (2012).
- «La ejecución de las sentencias de despido colectivo: vaivenes legales y criterios jurisprudenciales (1)», *Trabajo y Derecho*, núm. 24 (2016).
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad interpuesto por el Ministerio Fiscal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 788/2018, de 19 de julio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 435 (2019).

- VALDÉS DAL-RE, F., «Unificación e doctrinas discrepantes en materia procesal», *Relaciones Laborales*, núm. 10 (1992).
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Rasgos definidores de la Casación civil española», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4 (1974).
- VILLA GIL, L. E. de la, «Puntos Críticos del Recurso de Casación para Unificación de Doctrina en el Proceso Social», *AFDUAM*, núm. 5 (2001).

B) *Monografías*

- CALAMANDREI, P., *La casación civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- CAMPOS ALONSO, M. A., *El recurso de casación para la unificación de doctrina social*, Edersa, Madrid, 1998.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *La casación unificadora y su proyección sobre temas de Derecho Laboral Individual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CHARRO BAENA, P., *Los motivos de la casación social común*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Los procesos especiales en la jurisdicción social*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- GÓMEZ GARRIDO, L. M., *Doctrina del TC relativa al proceso social (1981-2013). Proyección en la nueva LRJS*, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- IVORRA MIRA, M. J., *El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo, La Coruña, 2017.
- MARTÍN VALVERDE, A., *Jurisprudencia y casación para unificación de doctrina. Discurso pronunciado en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, 2009.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L., *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina en la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 1997.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social», *La Ley*, Madrid, 2012.
- MOLINER TAMBORERO, G., *Recurso laboral para la unificación de doctrina*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003.
- MOLINER TAMBORERO, G., y SAMPEDRO CORRAL, M., *El recurso de casación laboral. Casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *El recurso de suplicación (La revisión de los hechos probados)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

■ EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN EL ORDEN...

- MUR BELLIDO, F., *El recurso de casación laboral*, 2.^a ed., Madrid, 1964.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C., *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina: revisión crítica*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.
- SÁEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- VALLE MUÑOZ, F. A., *La prejudicialidad penal en el proceso de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- VICENTE PALACIO, A., *El efecto positivo de cosa juzgada en el proceso laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- VV. AA., *Recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social. Cómo lograr su admisión*, Aranzadi, Navarra, 2015.

C) Colaboraciones en obras colectivas

- ALONSO OLEA, M., «Recurso de amparo y recurso de casación para unificación de doctrina», *El proceso laboral: estudios en homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- ÁLVARO MONTERO, A. de, y COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, Recurso de Casación en Interés de la Ley, y Revisión de Sentencias Firmes», AA.VV., *Recurso de casación contencioso-administrativo. Cómo lograr su admisión*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- BAYÓN CHACÓN, G., «El recurso de casación en lo laboral. Problemas generales. Tipicidad del mismo», AA.VV., *Dieciséis lecciones sobre casación en lo laboral*, Universidad de Madrid, Madrid, 1974.
- CABERO MORÁN, E., «Sentencias recurribles y contradictorias en el Recurso de Casación», AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CAMPOS ALONSO, M. A., «Recurso de casación para unificación de doctrina», AA.VV., *La Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, CGPJ, Madrid, 1993.
- CANO GALÁN, Y., «La discrecionalidad casacional en el orden jurisdiccional social», AA.VV., *Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo* (coords. L. M. Cazorla Prieto y R. C. Cancio Fernández), Aranzadi, Pamplona, 2017.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Prof. Fernando Suárez González*, La Ley, Madrid, 2004.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A., «Los derechos fundamentales inespecíficos en el Proceso laboral», AA.VV. (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y*

- en materia de protección social*, XXIV Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2014.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M., «El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos», *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, J., y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DESDENTADO BONETE, A., «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina», AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina en el Orden Social».
- FERRANDO GARCÍA, F. M., «Los recursos de casación: ordinaria y para la unificación de doctrina», AA.VV., *Los recursos en el proceso laboral* (coord. F. Cavas Martínez), Laborum, Murcia, 2010.
- FOLGUERA CRESPO, J. A., «El derecho a los recursos legalmente establecidos: Recursos de suplicación y casación», AA.VV., «El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» (dir. J. A. Folguera Crespo), *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 1996.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I., y PEDRAJAS HERRERO, A., «Las complejas relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el incidente de nulidad de actuaciones frente a sentencias de suplicación. Una visión a la luz de las restricciones para la admisibilidad del recurso de amparo», AA.VV., *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno* (coord.. T. Sala Franco), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LLUCH CORELL, F. J., «Novedades en relación con los medios de impugnación», AA.VV., *La reforma del Proceso Laboral. La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la LRJS», en *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral* (coord. L. Dans Álvarez de Sotomayor), Bomarzo, 2014.
- MARTÍN VALVERDE, A., «Resolución y efectos de la Sentencia», AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- «Caracterización jurisprudencial del recurso de casación para la unificación de doctrina», VV. AA., *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en material laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrero Dacruz* (coords. J. M. Ramírez Martínez y T. Sala Franco), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

■ EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN EL ORDEN...

- «La unificación de la doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo», AA.VV., *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978* (coord. E. Bacigalupo Zapater, P. Lucas Murillo de la Cueva y R. Trillo Torres), CGPJ, Madrid, 2004.
- «Valor del precedente y unificación de doctrina», AA.VV. (Dir. E. Borrajo Dacruz), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid 2015.
- MARTÍN VALVERDE A., y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Comentario al art. 219 LRJS», AA.VV., *Ley de la jurisdicción social. Estudio técnico jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (dir. J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2013.
- MONTOYA MELGAR, A., «La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», VV.AA., *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en material laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz* (coords. J. M. Ramírez Martínez y T. Sala Franco), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PUEBLA PINILLA, A. M. de la, «Algunas precisiones sobre la contradicción en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina», AA.VV., *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 1993.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Unidad de jurisprudencia y función nomofiláctica del Tribunal Supremo», VV. AA., *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en material laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz* (coords. J. M. Ramírez Martínez y T. Sala Franco), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SÁEZ LARA, C., «La difícil articulación entre el recurso de amparo y el recurso de casación para la unificación de doctrina. Comentario a la STC 60/2004, de 19 de abril», *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (dirs. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXII, Thomson Civitas, Madrid, 2005.
- SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Los recursos de casación laboral», en *Memento práctico recurso de casación* (coord. D. Córdoba Castroverde), Francis Lefebvre, Madrid, 2107.
- VIROLÉS PIÑOL, R. M., «Tema 11. De los recursos», *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social avanzado. Formación a Distancia*, núm. 4, 2018.
- VV.AA., *Ejecución y medidas cautelares. Los nuevos problemas e supletoriedad de la LEC en el proceso laboral. Estudios jurídicos. Secretarios Judiciales*, vol. II, 2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

D) *Comentarios sistemáticos o globales a las leyes de procedimiento laboral o jurisdicción social*

- AGUSTÍ JULIÁ, J., «Del recurso de casación para la unificación de doctrina», VV. AA. (dirs. J. A. Folguera Crespo, F. Salinas Molina y M. L. Segoviano Astaburuaga), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- «Artículo 224. Contenido del escrito de interposición del recurso», *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre* (dir. J. L. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2013.
- «Artículo 225. Decisión sobre la admisión del recurso», VV. AA. (dir. J. L. Monereo Pérez), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- CAMPOS ALONSO, M. A., «El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina», VV.AA. (dir. E. Borrajo Dacruz), *Comentarios a las Leyes Laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral*, EDERSA, Madrid, tomo XIII, vol. 2.º, 1990.
- DESDENTADO BONETE, A., «Capítulo 6. Los recursos de casación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y en el Real Decreto-ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», VV.AA. (dir. A. R. Trillo García), *Análisis de la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., y SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., VV.AA. (coord. A. Juanes Peces), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias)*, 3.ª ed., Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Recurso de casación para unificación de doctrina», VV.AA., *Procedimiento Laboral. Memento práctico de Francis Lefebvre, 2017-2018, y 2019-2020*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016 y 2018.
- JUANES FRAGA, E., «Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación», VV.AA. (dir. J. R. Mercader Uguina), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- «Artículo 196. Escrito de interposición», VV.AA. (dir. J. R. Mercader Uguina), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- «Artículo 202. Efectos de la estimación del recurso», VV.AA. (dir. J. R. Mercader Uguina), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «Comentario al art. 217», VV.AA. (dir. L. E. de la Villa Gil), *Ley de Procedimiento Laboral*, La Ley, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ MORENO, C., «Recurso de Casación», VV.AA., *Memento Práctico Procedimiento Laboral 2017-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

- MOLINER TAMBORERO, G., «La Ley reguladora de la Jurisdicción Social y el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Cuadernos Digitales de Formación* (CGPJ), núm. 5, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Del recurso de casación», VV.AA. (dir. J. L. Monereo Pérez), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- MONTERO AROCA, J., y otros, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Civitas, 1993.
- PALOMO BALDA, E., «Artículo 207. Motivos del recurso de casación», VV.AA. (dir. J. R. Mercader Uguina), *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- «Artículo 219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», VV.AA. (dir. J. R. Mercader Uguina), *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Capítulo 7. Recurso de Casación para Unificación de Doctrina», VV.AA., *Memento Práctico Recurso de Casación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018/2019.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Artículo 219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal», VV.AA. (coord. A. V. Sempere Navarro), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- VV.AA. (Dir. J. L. Monerero, M. N. Moreno y J. A. Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, I y II, Comares, Granada, 2001.
- (Dir. J. A. Folguera Crespo, F. Salinas Molina y M. L. Segoviano Astaburuaga), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- (Dir. A. Blasco Pellicer y J. M. Goerlich Peset), *La reforma del proceso laboral: la nueva ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- (Dir. J. L. Monereo Pérez), *La Ley reguladora de la Jurisdicción Social: estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- (Dir. A. V. Sempere Navarro), *Ley de la Jurisdicción Social con jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- (Dir. J. Barja de Quiroga), *Ley reguladora de la Jurisdicción Social con jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- (Coord. A. Juanes Peces), *Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Comentada*, Lefebvre, Madrid, 2019.
- (Dir. G. Barrios Baudor), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

E) *Manuales y otras obras generales sobre jurisdicción social y procedimiento laboral*

- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995.
- DESDENTADO BONETE, A., «Recurso de casación, decisiones recurribles», VV.AA. (dirs. G. Barreiro González y otros), *Diccionario Procesal Social*, Civitas, Madrid, 1996.
- «24. La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», VV.AA. (dirs. M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas), *Lecciones de Jurisdicción Social*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GOERLICH PESET, J. M., «Los recursos de casación: casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina», VV.AA. (dir. A. Blasco Pellicer), *El proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Tercera Parte. Los medios de impugnación», VV.AA., *Derecho Procesal Laboral*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- JUANES FRAGA, E., «22. El recurso de suplicación», VV.AA. (dirs. M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas), *Lecciones de Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y otros, *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2014.
- SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «23. El recurso de casación ordinaria» en AA.VV. (dirs. M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas), *Lecciones de Jurisdicción Social*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- VV.AA. (Dir. J. L. Monereo Pérez), *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2014.
- (Coords. J. F. Lousada Arochena y R. P. Ron Latas), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2.ª ed., Laborum, Murcia, 2019.
- (Dir. A. Montoya Melgar), *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 12.ª ed., 2019.

F) *Documentación*

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales* (con periodicidad anual desde 2000).
- *Estadística judicial* (por temas).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Estadística de la actividad judicial*.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (MTES), *Estadística de asuntos judiciales sociales*.

Introducido por la Ley 7/1989 y reajustado en alguno de sus pasajes por la Ley 36/2011, el recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción nace estrechamente ligado a la reordenación de la planta judicial española efectuada por la Constitución de 1978. Como era de esperar, es un producto legal cuyo régimen jurídico depende de forma muy directa de las decisiones que en cada momento, y dentro del marco constitucional, vaya adoptando el titular de la potestad legislativa. Pero la experiencia de aplicación del nuevo recurso muy pronto puso de relieve que, por motivos de diversa índole, las previsiones normativas de referencia necesitaban con mucha frecuencia el complemento de la labor interpretativa y esclarecedora típica de los tribunales.

Lo cierto es que los problemas de comprensión y aplicación del recurso fueron llegando con creciente intensidad ante la propia Sala encargada de su resolución y que ello fue dando lugar a un abundante acervo jurisprudencial que, a estas alturas es de todo punto imprescindible, no sólo para su práctica procesal cotidiana sino también para su cabal entendimiento y debida conceptualización, e incluso para la progresiva decantación de su régimen legal. Como tantas veces sucede, legislación y jurisprudencia se rían desde muy temprano factores complementarios e interdependientes en el proceso de configuración y estabilización del recurso de casación para unificación de doctrina.

Esta obra colectiva, que tiene su origen en el proyecto de investigación I+D+i DER2016-80327-P, trata fundamentalmente de dar cuenta de ese rico acervo de jurisprudencia, desde las decisiones que se han detenido en los requisitos formales del recurso hasta las que se han pronunciado acerca del contenido y alcance de la sentencia, pasando por las que han arrojado luz sobre los presupuestos materiales de la unificación de doctrina, las condiciones exigibles a las sentencias de contraste, los puntos cardinales del juicio de contradicción, los peculiares perfiles de la infracción procesal en este contexto, la posible interferencia del efecto positivo de la cosa juzgada, las dificultades innatas del recurso para la revisión de hechos probados o la especial misión encomendada al Ministerio Fiscal para su activación, sin dejar en el olvido la poliédrica relación entre unificación de doctrina y recurso de amparo. Es de esperar que todo ello sea útil tanto para la academia como para la práctica profesional.