

La flexibilización, pero no tanto, del recurso de casación para la unificación de doctrina ante la jurisdicción social por motivos de infracción procesal

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 999/2018, de 29 de noviembre](#)

Ignacio González del Rey Rodríguez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*

1. Marco normativo, jurisprudencial y (no) jurisdiccional

Con carácter general, la viabilidad o admisibilidad legal del recurso de casación para la unificación de doctrina (RCUD) 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 Ley de procedimiento laboral –LPL– 1990 y 222 LPL 1995), y no es hasta la vigente [Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011](#) (LRJS) cuando se hace explícita la remisión, hasta entonces implícita (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 4 de diciembre de 1991, [rec. 728/1991](#)), a los motivos de infracción jurídica establecidos con carácter común en el marco del recurso de casación ordinaria, incluidos los 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 LRJS](#), en relación con [art. 207](#)).

Sin embargo, en las primeras décadas de funcionamiento del RCUD, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aplicó con rigor las exigencias generales de identidad en los distintos elementos precisados legalmente: partes, hechos, fundamentos y pretensiones (arts. 216 LPL 1990, 217 LPL 1995 y 219 LRJS), también cuando se alegaban motivos de infracción procesal. Incluso reforzadas, al requerirse una doble identidad, sustancial y procesal. 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 pro-

Cómo citar: González del Rey Rodríguez, I. (2019). La flexibilización, pero no tanto, del recurso de casación para la unificación de doctrina ante la jurisdicción social por motivos de infracción procesal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 999/2018, de 29 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 435, 147-153.

nunciamentos 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 Constitución española –CE–), puesto que, también en relación con estos derechos del máximo rango, el alcance del RCU se encontraba limitado por la contradicción jurisdiccional que le sirve de presupuesto (SSTS de 16 de julio de 1992, rec. 857/1992, y 16 de noviembre de 1992, rec. 2795/1991).

La consolidación de la exigencia jurisprudencial de esa doble identidad, procesal y sustantiva, y el consecuente práctico vaciamiento del RCU por motivos de infracción procesal provocaron también cierta reconsideración o replanteamiento de su restrictiva doctrina en la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, constatable, aunque tímidamente, en la primera década del siglo XXI (SSTS de 21 de noviembre de 2000, rec. 2856/1999, 27 de enero de 2009, recs. 1432/2007 y 1447/2007, y 24 de noviembre de 2010, rec. 323/2010). Aunque no es hasta 2015 cuando se reconfigura finalmente el RCU, mediante el llamativo y casi desapercibido Acuerdo no jurisdiccional, de 11 de febrero de 2015, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que establece cuatro nuevos criterios sobre la contradicción por motivos de infracción procesal en el RCU, con el objeto de flexibilizar y abrir el acceso al recurso por infracción procesal.

Dos de carácter general, en primer lugar, para limitar la exigencia de identidad entre la sentencia recurrida y la de contraste al debate procesal, rompiendo con la tradicional exigencia de la doble identidad, sustantiva y procesal, y, en segundo lugar, para atenuar dicha identidad, mediante la admisión de una «suficiente homogeneidad». Y otros dos específicos, el primero en relación con los supuestos de «incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social», que permite (o exige, al menos) que la sentencia de contraste contenga doctrina o pronunciamiento implícito sobre la materia cuestionada. Y el segundo en relación con las «infracciones de garantías procesales fundamentales o derechos fundamentales sustantivos», que se superpone o confunde con la regla especial establecida en relación con los supuestos del entonces novedoso artículo 219.2 de la LRJS, y la doctrina de contradicción del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobreentendido) o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que, en tales casos, la infracción procesal se vincula 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 modo que 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 «conce-

der o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado» (art. 219.2 LRJS).

2. Cuestiones planteadas, motivos del recurso y sentencias de contraste

El sustrato fáctico de la sentencia comentada parte del cese de un trabajador, contratado mediante un arrendamiento de servicios como procesador de textos jurídicos por una empresa comercializadora de bases de datos, que es impugnado en el correspondiente proceso de despido. Los debates de suplicación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid 678/2016, de 31 de octubre) y casación, de carácter procesal, se centran, en primer lugar, en la calificación de la naturaleza de la relación de servicios, cuestión previa y condicionante no solo de la existencia de un despido en sentido propio, sino también, antes y especialmente en el caso, de la misma competencia de la jurisdicción social, y, en segundo lugar, en la determinación del salario a efectos indemnizatorios, desde la perspectiva de su revisión, instada por la parte recurrente en suplicación. En este contexto, no se produce y carece de relevancia el debate sobre la calificación del despido, puesto que, si la relación se hubiera considerado como un arrendamiento de servicios, el proceso debería haber terminado con una resolución declarando la incompetencia de la jurisdicción social, y, habiéndose calificado como contrato de trabajo, la improcedencia es ontológica o necesaria ante un cese no formalizado como despido en una relación no declarada como laboral (art. 108.1 LRJS), salvo que, en su caso, se invocara o concurriera alguna causa de nulidad (art. 108.2 LRJS), de pronunciamiento incluso preferente (art. 108.3 LRJS), cosa que no ocurre.

En el marco del RCU, interpuesto por la empresa, como el previo de suplicación, y en relación con la primera de las cuestiones, sobre la calificación de la naturaleza jurídica de la relación a efectos de determinación de la competencia de la jurisdicción social, se invoca de contraste la STSJ de Madrid 889/2016, de 28 de octubre. En ella se trata de un consultor informático de la misma empresa, también contratado mediante arrendamiento de servicios, e igualmente cesado, que impugna su cese como despido, acumulando una reclamación de cantidad, y que ve desestimada su demanda, tanto en instancia como en suplicación, por considerarse correcta su contratación civil de servicios y, en consecuencia, declararse la incompetencia de la jurisdicción social. En relación con esta cuestión, en la interposición del recurso de casación resuelto por la [sentencia ahora comentada](#) también parecen enredarse otros motivos defectuosamente propuestos: sin cita de preceptos de apoyo ni de sentencias de contraste, y con pretensiones de revisión de los hechos probados y de su valoración, que, por tanto, se rechazan de plano, aunque no sin argumentación.

Respecto de la segunda de las cuestiones, se plantea en términos de incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado el fallo de la sentencia recurrida en casación sobre la pretensión revisoria del salario a efectos indemnizatorios, propuesta por la empresa en su

precedente recurso de suplicación. Para esta cuestión se propone como sentencia de contraste la del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2015 (rec. 1384/2014), que anula la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de enero de 2014 (rec. 1940/2013), entonces recurrida en casación para la unificación de doctrina, por no haberse pronunciado sobre varios de los motivos de interposición del correspondiente recurso de suplicación, relativos a las causas de un despido disciplinario consignadas en la carta pertinente.

3. Doctrina judicial: desestimación o inadmisión por falta de contradicción ¿procesal o sustantiva?

Se plantean, por tanto, dos cuestiones procesales de muy diferente alcance en el recurso resuelto por la STS de 29 de noviembre de 2018. En primer lugar, la competencia de la jurisdicción social, en relación con la calificación de una prestación de servicios y en el marco de un proceso de impugnación de un cese como despido. En segundo lugar, la incongruencia omisiva, en relación con una sentencia de suplicación que no se pronuncia sobre todos los motivos o cuestiones propuestos por la parte recurrente. La Sala Cuarta desestima o inadmite ambas, por no concurrir la suficiente homogeneidad entre los debates suscitados en la sentencia recurrida y en las invocadas de contraste y, en consecuencia, la contradicción de pronunciamientos presupuesto de la admisión del RCUD.

El Tribunal Supremo resuelve primero, sin embargo, la cuestión relativa a la incongruencia omisiva, por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Al respecto, y como causa de inadmisión o desestimación por falta de contradicción, aprecia una diferencia de menor relevancia en las pretensiones o motivos no resueltos en suplicación en los supuestos y sentencias comparados: sobre el salario regulador a efectos indemnizatorios por despido, en la sentencia recurrida, y sobre las causas de un despido disciplinario, en la sentencia de contraste. Pero una de importancia mayor, puesto que en el caso de la sentencia recurrida no se trataba propiamente de una incongruencia omisiva, sino más bien de un error: el tribunal se había pronunciado expresamente sobre la cuestión planteada en suplicación, e incluso había estimado el motivo correspondiente, pero había olvidado cuantificar aritméticamente ese pronunciamiento y llevar sus consecuencias desde la fundamentación jurídica al fallo, y ese error era susceptible de reparación mediante una simple petición de parte de aclaración o subsanación (art. 267 Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ–), sin necesidad de motivar un recurso. Por ello, y por economía procesal, la propia Sala Cuarta corrige dicho error material y recalcula la indemnización por despido impropcedente conforme a la revisión propuesta y aceptada en suplicación, pero omitida en su fallo, aceptando tácitamente la infracción o error procesal del tribunal de suplicación, pero también el erróneo planteamiento del recurso de parte, y sin contradicción.

Respecto de la competencia de la jurisdicción social y pese a tratarse de una cuestión de orden público, susceptible de planteamiento y resolución de oficio, aunque solo en su-

puestos de falta manifiesta de jurisdicción, lo que no es el caso, la sala considera que las diferentes funciones y condiciones de prestación de los servicios en uno y otro de los supuestos y sentencias comparadas impiden apreciar la contradicción alegada, teniendo en cuenta que en este caso, y en relación con la cuestión debatida, los hechos y el debate sustantivo inciden claramente en el debate y en la cuestión procesal competencial planteados.

4. La flexibilización matizada y contextualizada del RCUD por motivos de infracción procesal

La [STS de 29 de noviembre de 2018](#) tiene ocasión de aplicar los criterios de flexibilización del RCUD por motivos de infracción procesal establecidos por el [Acuerdo no jurisdiccional, de 11 de febrero de 2015, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#), que cita de manera expresa, pero seguramente en términos más realistas y matizados, y menos flexibles, de como se concibieron en esa decisión, no jurisdiccional ni jurisprudencial, y descontextualizada de un proceso concreto.

Respecto de la supresión de la exigencia de la doble identidad, sustantiva y procesal, y la focalización de la comparación sobre los debates procesales de las sentencias comparadas, tal y como se pone de relieve en el caso planteado, en relación con la valoración y calificación de la prestación de servicios del actor a efectos de determinar la competencia de la jurisdicción social, no puede ni debe descartarse la comparación adicional de los elementos del pleito sustantivo, puesto que su conformación fáctica y jurídica incide 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 procesales.

Pero incluso la identidad y la comparación de los debates procesales también deben focalizarse en relación con la infracción imputada a la sentencia que se recurre, en los repetidos términos de homogeneidad, como identidad flexible o atenuada, particularmente respecto de las infracciones procesales que afecten a la tutela judicial efectiva. En este sentido, la sentencia comentada parece descartar como inidentidad relevante el hecho de que la incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento se refiera, en un caso, a la pretensión revisoria del salario a efectos indemnizatorios y, en otro, a la pretensión revisoria de las causas de despido consignadas en la correspondiente carta, pues seguramente lo relevante a los efectos casacionales y de infracción procesal es la falta de respuesta a un motivo expresamente planteado en el recurso de suplicación.

Por otro lado, tratándose de una incongruencia omisiva, la infracción procesal puede considerarse que afecta a las garantías procesales fundamentales y al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por lo que el 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 LRJS](#)). Posiblemente esto se traduce en que la contradicción y también la infracción se ponen de manifiesto al proyectar la decisión de la sentencia de contraste sobre el supuesto de la sentencia recurrida, en el sentido de deducir cabalmente que se habría pronunciado del mismo modo en ese supuesto.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta el carácter graduable de la infracción procesal que se imputa a la sentencia recurrida y que, pretendidamente, no concurre y a la que se opone la sentencia de contraste, pues también puede dificultar no solo la identidad de los supuestos exigida tradicionalmente, sino también su vigente más atenuada o flexible homogeneidad, y, por ende, excluir la efectiva divergencia de pronunciamientos. Así parece desprenderse en relación con la incongruencia omisiva alegada en el recurso de casación resuelto por la [sentencia que se comenta](#), considerada por esta como un simple error judicial (subsanoado como tal, además), frente a la concurrente en el supuesto de la sentencia de contraste, calificada como una auténtica omisión de resolución de motivos de suplicación expresamente propuestos.

En lo que se refiere al criterio que permite un pronunciamiento implícito de la sentencia de contraste en casos de incongruencia, falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción, tal y como se desprende de la sentencia comentada, no parece que esta regla deba predicarse de la sentencia de contraste, como un tanto confusamente podría desprenderse del [Acuerdo no jurisdiccional de 2015](#), sino, más bien, de la recurrida, pues es esta 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 debe exigírsele un pronunciamiento expreso del que pueda concluirse claramente la homogeneidad de la cuestión procesal debatida y la contradicción doctrinal.

En este sentido, la contradicción que abre el cauce del RCUD 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 es la incongruencia omisiva), y no en la sentencia de contraste, puesto que sin pronunciamiento expreso difícilmente podrá haber una divergencia y una contradicción doctrinal.

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 re-

currido, permite conocer si realmente se ha producido una decisión judicial por la tácita o por omisión, al contar, por ejemplo, en el supuesto comentado y en relación con la infracción imputada a la sentencia del tribunal superior de justicia, con los escritos de interposición e impugnación del precedente recurso de suplicación, que, por lo demás y con carácter general, son los que delimitan, junto con la correspondiente sentencia recurrida, tanto la contradicción como la infracción llevadas a casación unificadora. 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.