

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)**

Iván Antonio Rodríguez Cardo

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

1. El marco normativo

Como es bien sabido, el [artículo 217](#) de la ya derogada Ley de procedimiento laboral, aprobada por el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, disponía que el recurso de casación para la unificación de doctrina (RCUD):

[...] 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 de forma diferente a lo decidido por otros tribunales superiores de justicia (TSJ) o el propio Tribunal Supremo (TS) en situaciones análogas.

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 por la impresión de que este recurso debía circunscribirse a la jurisdicción ordinaria y, en particular, a la doctrina de los órganos jurisdiccionales directamente concernidos por las leyes de procedi-

Cómo citar: 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, 154-159.

miento laboral. Sin embargo, es claro que en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y la doctrina de algunos tribunales supranacionales, y en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), han 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.

No es por tanto extraño que el legislador 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 219.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (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 mayores, especialmente en el supuesto de tribunales supranacionales, toda vez que el RCU 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 supranacionales traen causa de la aplicación –al menos en el origen– 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 dependerá, a la postre, de cómo se interprete esa «sustancial igualdad» por parte del TS.

2. Síntesis del relato fáctico

El relato fáctico no solo es determinante en relación con la aplicación del derecho sustantivo al caso concreto, sino que puede jugar un papel decisivo respecto de algunos ava-

tares procesales. Así sucede en el RCUD, toda vez que la contradicción se hace depender de que los «hechos» entre la sentencia recurrida y la de contraste sean «sustancialmente iguales». Sin embargo, el juicio de contradicción no puede pivotar sobre las mismas bases cuando se alegue como sentencia contradictoria una decisión del TEDH, pues ello haría imposible, por lo general, la admisión del recurso.

De ahí que el «relato fáctico», en términos clásicos, carezca verdaderamente de interés en este específico juicio de contradicción, porque lo determinante no son exactamente los hechos, sino en qué términos puede utilizarse una sentencia de un tribunal supranacional como resolución de contraste. Podría estimarse que, de una u otra forma, el caso subyacente debe estar vinculado con el ejercicio de un derecho fundamental, por parte de un trabajador, pero lo cierto es que la vulneración que se alegue podría no afectar a algún derecho fundamental de carácter sustantivo o, en mejor expresión, no haberse producido durante el transcurso de la relación laboral, sino en el marco del propio proceso jurisdiccional (derecho a la tutela judicial efectiva/derecho a un juicio justo).

En el supuesto concreto, y a los efectos que aquí interesan, el litigio se centra en la responsabilidad de las distintas empresas de un grupo por deudas salariales tras la extinción contractual decidida por un Juzgado de lo Mercantil. La sentencia de suplicación se apoyó en el efecto de cosa juzgada positiva para concluir que existía un grupo empresarial patológico. Por su parte, la sentencia del TEDH alegada como contradictoria ([caso Hirvisaari vs. Finlandia, de 27 de septiembre de 2001](#)) resolvió una controversia relativa al reconocimiento de una pensión de incapacidad total.

3. Doctrina judicial

El TS no se muestra especialmente prolijo en la argumentación, y se limita a aclarar que:

Quando en el recurso de casación para la unificación de doctrina se invoque un motivo de infracción procesal, las identidades del artículo 219.1 LRJS deben estar referidas a 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 (FJ 3.º 1).

Sobre esa premisa, el tribunal concluye que no existe contradicción, puesto que la sentencia recurrida, como se dijo, «explica las razones por las que se aplica el efecto de cosa juzgada positiva», mientras que la de contraste, del TEDH, aducía incongruencia y, en último término, una deficiente aplicación de la norma al supuesto de hecho.

4. La trascendencia de la doctrina judicial más allá del caso

El artículo 219.2 de la LRJS permite alegar como contradictorias sentencias del TC, del TJUE y del TEDH en relación con la tutela de derechos y libertades fundamentales, lo que ha exigido del TS un esfuerzo de reformulación de las reglas tradicionales sobre el juicio de contradicción para adaptarlas a este nuevo escenario, pues su aplicación en los mismos términos:

[...] 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 (STS de 14 de noviembre de 2014, rec. 1839/2013 –FJ 4.º–).

Por consiguiente, se propugna la adopción 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 (STS de 12 de septiembre de 2017, rec. 2805/2015 –FJ 3.º–).

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 integral habitual («hechos, fundamentos y pretensiones») pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado) (STS de 6 de julio de 2015, rec. 1758/2013 –FJ 3.º–).

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» (STS de 11 de marzo de 2015, rec. 1569/2014 –FJ 2.º–).

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, el TJUE o el TEDH, lo que es particularmente relevante en derechos complejos, como la intimidad o, principalmente, la tutela judicial efectiva, 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» (ATS de 2 de noviembre de 2016, rec. 583/2016 –FJ 2.º 3–).

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» (AATS de 6 de noviembre de 2018, rec. 487/2018, y 13 de diciembre de 2018, rec. 1437/2018), 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», ni tampoco cuando la sentencia de contraste no se pronuncia sobre la cuestión controvertida en la sentencia recurrida (STS de 12 de septiembre de 2017, rec. 2805/2015).

Es coherente, por tanto, que no se aprecie contradicción ante pretensiones diferentes, debates jurídicos no coincidentes, aun referidos a la misma institución (*v. gr.*, cosa juzgada), 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 debates y la razón de decidir» sean también distintos, y con ello que no «exista doctrina que necesite ser unificada» (ATS de 2 de febrero de 2016, rec. 980/2015 –FJ 3.º 3–).

En suma, 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 fallo, puesto que no cabe considerar una sentencia contradictoria cuando existe «conurrencia de fallos» (ATS de 10 de abril de 2018, rec. 3160/2017).

Esta perspectiva de aproximación, más flexible, afecta a la contradicción tanto con sentencias del TC como con sentencias del TJUE y del TEDH, aunque hasta el momento las experiencias con esos órganos supranacionales han sido limitadas. En cualquier caso, la flexibilidad parece aún más necesaria, toda vez que el supuesto de hecho que 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 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 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 (STS de 4 de abril de 2017, rec. 3466/2015 –FJ 2.º–).

Lógicamente, no 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 ruidos (ATS de 9 de octubre de 2012, rec. 745/2012), con el despido en incapacidad temporal cuando no consta que las dolencias se prolongarán en el tiempo (AATS de 3 de abril, 6 y 26 de junio de 2018, recs. 2436/2017, 3060/2017 y 2337/2017), con normativa o situaciones muy particulares del Estado miembro correspondiente, como se ha puesto de manifiesto en el ámbito del trabajo a tiempo parcial (STS de 21 de junio de 2017, rec. 3068/2015), o cuando el debate no se asienta en los mismos elementos –habitual en situaciones de transmisión de empresas (ATS de 27 de junio de 2017, rec. 3371/2016)– o el asunto se refiere a un concepto de derecho de la Unión con una diferente extensión en cada ámbito o parcela, como sucede con el concepto de trabajador (ATS de 20 de septiembre de 2016, rec. 3899/2015).

En fin, estos mismos criterios resultan asimismo de aplicación en las pocas ocasiones en las que se ha aportado como contradictoria una sentencia del TEDH. El TS 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 el orden jurisdiccional competente (ATS de 31 de mayo de 2018, rec. 3603/2016).