

¿Es exigible la contratación de un sustituto para el relevista suspendido de empleo y sueldo en un contrato de relevo por jubilación parcial?

(Comentario a la STS-SOC 348/2919, de 9 de mayo)

Is it mandatory to hire a substitute for a partial retirement hand-over worker who has been suspended from employment and pay?
(Commentary regarding the Labour Court Supreme Court Judgement 348/2919 of 9 May)

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA*

Resumen

El asunto técnico sometido a la consideración del tribunal supremo consiste, en determinar si la empresa debe soportar el pago de la prestación de jubilación parcial que percibe el trabajador relevado cuando el relevista ha sido suspendido de empleo y sueldo sin que se haya realizado contratación alguna para sustituirlo durante el período que dura su sanción disciplinaria.

Palabras clave

Recurso de casación para la Unificación de Doctrina; Jubilación parcial; Relevista sancionado con suspensión de empleo y sueldo

Abstract

The technical matter submitted to the supreme court for consideration consists in determining whether or not the company should pay for the partial retirement benefit received by the retiring worker, when the hand-over worker has been suspended from employment and pay without any new employee having been hired to replace them throughout the period of their disciplinary sanction.

Keywords

Appeal for unification of doctrine; Partial retirement; Retirement hand-over worker sanctioned with suspension of employment and salary

1. INTRODUCCIÓN

Aunque la resolución objeto de comentario desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de la necesaria contradicción es interesante, al menos, por dos motivos. En primer lugar por la existencia de un voto particular discrepante que pone sobre la mesa argumentos dignos de consideración sobre la temática objeto del recurso, y, en segundo lugar, porque los dos tribunales jurisdiccionales intervinientes en la instancia y en la suplicación han mantenido posturas diametralmente opuestas y contradictorias, lo que reclama una resolución definitiva al asunto.

El asunto sometido a la posición del tribunal supremo consiste, básicamente, en determinar si la empresa debe soportar el pago de la prestación de jubilación parcial que percibe el trabajador relevado cuando el relevista ha sido suspendido de empleo y sueldo sin

que se haya realizado contratación alguna para sustituirlo durante el período que dura su sanción disciplinaria.

Estamos en presencia de una problemática –la del contrato de relevo y sus varias y complejas vicisitudes– no siempre bien abordada por la LGSS que quizá requiera un replanteamiento normativo desde sus bases estructurales, sobre todo en una sociedad como la nuestra muy envejecida y en la que se avizora en un futuro (quizá no muy lejano) una reforma legal que posibilite la compatibilidad de la pensión de jubilación del régimen general con el ejercicio de actividades laborales cotizantes.

2. LOS HECHOS PROBADOS

La empresa demandante mantiene desde marzo de 2014 una relación con don C. contratado a tiempo parcial. El 3 de abril de ese mismo año 2014 *“le fue reconocida pensión de jubilación parcial en el porcentaje del 85% de la base reguladora”* desde la fecha de contratación. Se pacta la duración desde esa fecha hasta febrero de 2018, fecha en la que el trabajador cumplirá la edad de 65 años.

En la misma fecha de la suscripción del contrato a tiempo parcial con don C. la empresa suscribió un contrato de trabajo de relevo, a tiempo completo y de duración indefinida, con don E., con el propósito y la finalidad de sustituir al trabajador jubilado parcialmente, que ha reducido su jornada ordinaria de trabajo –y también su salario– en un 85%.

El INSS en escrito del 10 de abril de 2014 comunica a la demandada, que *“según nuestros ficheros informáticos el Sr. E. ha permanecido contratado en la citada empresa desde al 10.10.2011 hasta el 9.3.2014, con un contrato tipo 401 antes de ser contratado como relevista el 10.3.2014”*, precisando seguidamente que *“Según lo previsto en el apartado B del artículo 10 de RD 1131/2002 la empresa debe concertar un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado un contrato de duración determinada en la misma empresa, por lo que les rogamos sea girada visita de Inspección que determine la validez de los contratos de trabajo”*. La visita fue girada el 5 de junio de 2014 precisándose que *“no se estima que el trabajador fuera contratado en fraude de ley”*.

El 19 de diciembre de 2014 la empresa notificó al trabajador relevista, Don E., la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo por una duración de 60 días. En la carta se fijaban los días de cumplimiento de la sanción –desde el día 20 de diciembre de 2014 y hasta el 17 de febrero de 2015– y se concretaba su fecha de reingreso por el 18 de febrero de 2015.

Esta singularidad de la suspensión del contrato del relevista por una sanción disciplinaria en la empresa es la realmente destacable en este caso. Obviamente, como veremos seguidamente, cuando la norma exige la permanencia del relevista en el contrato de trabajo, o su sustitución por otro trabajador en el plazo de 15 días naturales, no está pensando en una suspensión como la acontecida en este caso, en la que hay, llamémoslo así, una reserva del puesto de trabajo, una obligación por parte de la empresa de continuar con el contrato de trabajo del trabajador al que ha suspendido disciplinariamente del mismo.

Pero el sometimiento de esta realidad al dictado de la norma no lo tenía del todo claro el INSS, que el 28 de enero de 2015, antes, como se aprecia, de que finalizase el período de suspensión de empleo y sueldo impuesta al relevista, dirigió un escrito a la empresa en el que le hacía saber que se había producido por ella un incumplimiento de lo previsto en la “*Disposición Adicional Segunda 1 y 3 del RD 1131/2002 al haber comprobado que el trabajador relevista causó baja en la empresa el 19.12.2014 sin que en el plazo de los 15 días naturales haya sido sustituido por otro trabajador en las mismas condiciones*”. Dicho incumplimiento, según el INSS, debe dar lugar “*a que se exija a la empresa la responsabilidad en el pago de la pensión de jubilación parcial devengada desde esa fecha hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada, o hasta que, fuera de plazo reglamentario de 15 días naturales, se contrate al nuevo relevista*”.

Posteriormente, el 25 de marzo de 2015 el INSS declara a la empresa “*responsable de abonar la cantidad de xxx euros en concepto de pensión de jubilación percibida por Don C., durante los periodos comprendidos entre el 20.12.2014 y el 17.2.2015*”, es decir, desde la fecha del comienzo de la sanción al relevista, hasta la incorporación de este por la finalización de aquella, por todo el plazo de suspensión contractual del relevista.

De lo que se trata de determinar, en definitiva, es si la empresa debe soportar el abono de la jubilación parcial del trabajador relevado por el tiempo que duró la sanción de empleo y sueldo impuesta al trabajador relevado, pues la empresa no se ha procedido a la contratación de ningún otro trabajador para la sustitución de éste.

Obviamente, es una circunstancia no prevista expresamente en la norma, que puede dar lugar a interpretaciones divergentes, todas ellas con fundamentos sólidos, y que reclama una solución jurídica terminante, definitiva, y que no deje lugar a dudas para el futuro.

3. VICISITUDES JURISDICCIONALES DEL PROBLEMA

Las vicisitudes jurisdiccionales del problema tienen una importancia trascendente en este caso, pues al desestimarse por falta de contradicción el RCUO impetrado contra la sentencia del TSJ se deja esta sentencia firme, consolidándose a la postre como la doctrina correcta a tomar en consideración este caso, aunque sea de manera indirecta. Hace falta para ello, obviamente, una resolución expresa del TS en este sentido, pero indiciariamente el criterio sostenido por el TSJ es bastante razonable.

La sentencia del JS desestima la demanda formulada por la empresa y absuelve al INSS y a don C. apreciando que la DA 2ª del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, exige que en el periodo de 15 días naturales proceda la empresa a realizar una nueva contratación cuando se produzca “*el cese del trabajador*”.

Dicha disposición regula el régimen jurídico de esta particularidad de manera no excesivamente prolija.

Prevé, en su apartado primero que “*Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá*

sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada”.

Esta nueva contratación, precisa el inciso tercero de dicha disposición extravagante, *“deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo”,* y de manera muy concreta, y esto es especialmente relevante, *“los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese...”.*

Finalmente el inciso cuarto de la disposición prevé claramente que *“en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada”.*

Desde luego, más allá de la interpretación que se le quiera dar al término *“cese del trabajador relevista”* lo que se puede afirmar sin riesgo de equivocarse es que la situación a la que se enfrenta el JS no está prevista expresamente en la norma.

El JS repasa la jurisprudencia evacuada sobre esa norma por el TS-SOC destacando que nunca se ha pronunciado expresamente sobre esta problemática concreta. Sí se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de celebrar una nueva contratación en supuestos de excedencia por cuidado de hijo o excedencia voluntaria.

Cita la STS 23 junio 2015 que compendia la doctrina sobre este tema sentando el criterio general de que en los casos de suspensión con mantenimiento de la obligación de cotizar no debe exigirse contratación de reemplazo, pero sí en los demás.

La conclusión de la resolución judicial es la siguiente: *“En definitiva, tanto si equiparamos la situación que deviene respecto a aquel trabajador relevista sancionado por la empleadora a un supuesto de excedencia por cuidado de hijos, la cual genera la obligación de sustitución por la empleadora del trabajador relevista, como si entendemos que es la propia norma la que acota el concepto de cese a efectos de dar cobertura al puesto de trabajo de relevista, límite temporal de 15 días, es claro pues que el supuesto enjuiciado al suponer un cumplimiento ininterrumpido durante 60 días de la sanción impuesta además de enervar el espíritu y finalidad de la norma, cual es, “mantener el volumen de empleo en la empresa”, conculca todos y cada uno de los presupuestos contenidos en la Disposición Segunda puntos 1 y 2”.*

El TSJ mantiene otro criterio, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa. Entiende que la jurisprudencia aplicada por la sentencia del Juzgado, partiendo de la interpretación literal del concepto *“cese”*, extiende la obligación empresarial de cubrir el puesto de relevista no solo para situaciones de suspensión del contrato de relevo por supuestos de excedencia por cuidado de hijos o excedencia voluntaria. Sin embargo, los cambios legislativos impiden el mantenimiento de esta tesis, porque debe aplicarse la regulación introducida por el Real Decreto-Ley 5/2013, que modifica del artículo 161.1.a) LGSS para exigir la celebración empresarial de un nuevo contrato en los supuestos en los

que produzca “*la extinción*” del de el relevista. Por lo tanto, el problema técnico-jurídico no pivota sobre la interpretación que ha de dársele al concepto de “cese del relevista” según el Real Decreto 1131/2002, sino que trata de la interpretación que debe dársele al concepto “extinción” de la LGSS (antes ubicada en el art. 161.1.a), ahora del 215.2.f)-2 LGSS según redacción dada por el RD-L 8/2015, de 30 de octubre), teniendo presente que el contrato del relevista no se ha extinguido por la sanción impuesta de empleo y sueldo, sino que únicamente ha sido suspendido por sesenta días, por lo que, entiende la resolución que no resulta exigible en esta situación que la empresa proceda a la contratación de un sustituto del relevista, de lo que se colige que no hay incumplimiento normativo por parte de la empresa, y por tanto, que no ha incurrido en responsabilidad, estimándose sus pretensiones.

4. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RCUD

El INSS presenta recurso de casación al considerar que la resolución del TSJ no es adecuada a derecho, básicamente porque no se aquieta a lo previsto en la transcrita Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002 en relación con los preceptos legales de la (entonces vigente) LGSS que regulaban la jubilación parcial con la celebración de un contrato de relevo, aportando diversas SSTs que examinan el alcance del deber empresarial de celebrar un nuevo contrato cuando se produce el cese del relevista. Entiende, en definitiva, que cómo durante la suspensión de empleo y sueldo no existe la obligación de cotizar a la Seguridad Social, lo procedente sería entender la resolución de la cuestión como lo hacía el JS y no el TSJ.

El recurso fue impugnado por la empresa, entendiendo, básicamente, que cuando se produce la suspensión de empleo y sueldo del relevista no se encuentra vigente la norma sobre la que el INSS basa su recurso, pues tras las modificaciones introducidas en la LGSS por el Real Decreto-Ley 5/2013 no es posible referir la obligación empresarial de celebrar un nuevo contrato a los supuestos de “*cese*” sino a los de “*extinción*”.

Sostiene, además, que no hay, en puridad, contradicción entre las sentencias alegadas por la recurrente, pues la de contraste se aplica sobre la regulación anterior.

El Ministerio Fiscal considera que el recurso es improcedente, por concurrir falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la ofrecida de contraste, pues son distintas, por haberse producido una modificación legal, las normas aplicadas en cada una de ellas.

5. EL PARECER MAYORITARIO DE LA SALA

El TS entiende que entre las sentencias sometidas a contradicción no media la exigible contradicción, desestimando, por tanto, el recurso de casación y, consecuentemente, declarando la firmeza de la resolución de suplicación.

5.1. Los elementos en juego en el juicio de contradicción

La resolución expone que la necesidad del análisis de la contradicción entre la resolución impugnada con otra jurisdiccional viene exigida por la propia idiosincrasia del RCUD, requiriendo para la estimación de la referida contradicción que ambas resoluciones (la impugnada y la de contraste) “*contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias*”

esencialmente iguales”, matizando, y esto es muy relevante desde el punto de vista del voto particular discrepante, que no se “*aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso(que)se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de ‘hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales’*”.

La contradicción requerida por la norma no surge de una comparación abstracta de doctrinas, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. Por ello 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.

Este es el aspecto esencial de la resolución del TS objeto de comentario. Si la resolución entiende que las normas aplicables son esencialmente idénticas se deberá estimar la contradicción y entrar en el fondo del asunto. Si, por el contrario, se entiende que la contradicción no se aprecia se procederá a la desestimación del recurso, validando la doctrina contenida en la resolución de suplicación.

El presupuesto esencial de la contradicción lo constituye la base fáctica y la argumentación jurídica de la resolución aportada de contraste. La elegida para la contradicción es la STSJ País Vasco de 10 de mayo de 2011 (rec. 837/2011). En ella la empresa concierta un contrato de relevo por jubilación parcial de un trabajador, siendo sancionado con suspensión de empleo y sueldo por 60 días. El INSS reclama a la empresa el importe de la pensión de jubilación parcial del trabajador relevado durante el periodo en que el relevista fue suspendido su contrato de trabajo. Como fácilmente se deduce los presupuestos fácticos de ambas resoluciones, la de contraste y la impugnada, son idénticos.

La resolución del TSJ entiende que efectivamente sí existe responsabilidad empresarial, pues entiende que debe aplicarse a esta situación (de suspensión contractual de empleo y sueldo) la solución que se implementa respecto de excedencia por cuidado de hijos o voluntaria.

Es en este punto donde las resoluciones son diferentes. En la de contraste del TSJ del País Vasco se entiende que sí procede la responsabilidad empresarial, en la del TSJ de Valencia impugnada en esta casación se entiende que la responsabilidad del abono de la pensión de jubilación no compete al empresario. Soluciones diversas pues, ante los mismos supuestos de hecho.

Todo parece indicar que la contradicción sí existe, y que el RCU, por tanto, va a ser estimado, resolviendo posteriormente cuál de las dos interpretaciones es la más correcta jurídicamente hablando.

Pero es en el examen de las normas aplicables donde la contradicción no se aprecia. No son, entiende el TS, las mismas normas en presencia, por lo que no puede estimarse que concurren los requisitos para estimar la contradicción.

Efectivamente, la norma en que se basa la sentencia de contraste, así como la argumentación del INSS en este RCU, es el RD 1131/2002, de 31 de octubre, que regula, en el punto que ahora nos afecta, la contratación a tiempo parcial del trabajador relevista que sustituye, básicamente, la jornada dejada de trabajador por el trabajador relevado. Por su

parte el aplicable en aquel momento vigente artículo 166.2 LGSS/1994, teniendo presente el art. 12.6 ET, no contenía precisión alguna con respecto a las exigencias que se deducían hacia el empleador por la no actividad laboral del relevista. Es decir, la exigencia de sustitución “*por cese*”, sin distinción de qué causas originaban el mismo, era meramente reglamentaria. Y aquí radica la imposibilidad de superar el juicio de contradicción, como se verá seguidamente.

Porque la normativa aplicable al momento de la suspensión contractual origen del problema sometido a la revisión casacional sí contenía una concreción más precisa con respecto a esta cuestión, indicando concretamente que en el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante, precisando que el incumplimiento empresarial de estas condiciones determinará una responsabilidad empresarial con respecto al reintegro de la pensión que haya percibido el trabajador relevado.

Son, como fácilmente se aprecia, dos normativas parcialmente diferentes, la actual más detallada que la derogada, aunque ambas sometidas al mismo reglamento, que no ha cambiado en su dicción literal.

5.2. El análisis técnico del juicio de contradicción

Según el parecer mayoritario de la sala las normas en presencia tienen un “*muy diverso régimen jurídico*”, resultante de combinar la previsión reglamentaria y modificada desde su aprobación en 2002 con la legal que ha experimentado cambios notables.

Cuando el trabajador del caso referencial accede a la jubilación parcial la LGSS y el ET omiten cualquier exigencia con respecto a las obligaciones empresariales derivadas de que el contrato del relevista no se ejecute conforme a lo previsto. Lo que se preveía en la previsión reglamentaria era el “*cese*” del relevista.

Sin embargo, en el caso ahora sometido a casación unificadora, es exigible combinar las previsiones del RD 1131/2002 con las previsiones de la LGSS, que ahora sí contiene una expresa previsión acerca de cuáles son las obligaciones empresariales con respecto al relevista que no desarrolla su actividad en los términos concertados.

La exigencia legal se concreta en las siguientes obligaciones: 1) celebrar “*un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante*”, circunstancia que casa mal con los casos en que estemos ante ceses meramente temporales, por dos motivos: porque se refiere al contrato del relevista como extinguido, y porque establece la duración del nuevo contrato por referencia al tiempo que quedase para finalizar el mismo. 2) el deber de implementar una nueva contratación solo surge “*en el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada*”, de modo que la terminación del contrato es el presupuesto de la obligación. No se menciona al cese, ni se alude a quien trabaja.

No estamos, en definitiva, ante normas con contenidos similares, sino ante regulaciones diversas y con evidente trascendencia para el problema abordado, lo que determina apreciar que la cuestión abordada por la STSJ ahora recurrida no pudo ser objeto

de análisis por la sentencia de contraste. Porque no es lo mismo interpretar el alcance de lo que signifique “*cese del trabajador*” cuando las normas con rango de Ley omiten previsiones sobre el particular, que hacerlo cuanto la LGSS alude al contrato “*extinguido*” y a que el mismo “*se extinga*”.

Entiende el TS que obra correctamente la sentencia recurrida cuando considera inadecuado aplicar la jurisprudencia interpretativa del bloque normativo primigenio al supuesto que ahora nos toca resolver, porque, en las condiciones descritas, no cabe hablar de doctrinas contrapuestas entre las resoluciones comparadas, lo que determina que, en puridad, no puede afirmarse que exista contradicción entre las sentencias por cuanto el cuadro normativo que estudian y aplican respectivamente una y otra difieren sustancialmente, lo que justifica las diferentes decisiones adoptadas en cada una de ellas, aun cuando los supuestos de hecho y las pretensiones sean totalmente coincidentes.

6. EL PARECER DEL VOTO PARTICULAR DISCREPANTE

La Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol discrepa del parecer mayoritario de la Sala al estimar que sí se produce la contradicción requerida por la norma adjetiva entre las sentencias comparadas, debiéndose haberse accedido a la admisión del recurso y al análisis del fondo del asunto.

Entiende que la concurrencia de contradicción entre las sentencias comparadas se verifica porque estamos en presencia de resoluciones jurisdiccionales que contienen hechos y pretensiones sustancialmente idénticas a las que se le ha dado una solución jurídica diversa, sin que sea óbice a esta interpretación de la contradicción que se dicten en un ámbito normativo parcialmente diferente, pues lo que hace la reforma legal (que afecta solamente a la resolución ahora recurrida) es completar un vacío normativo que era suplido con una interpretación diferente de la posterior solución legal.

El análisis del fondo del asunto debe partir de las consecuencias y efectos que genera la suspensión contractual de empleo y sueldo en la dinámica de la sustitución del trabajador relevista, porque lo que exige la norma es que para el caso de que se “*extinga*” el contrato de trabajo del relevista se encuentra el empresario obligado a celebrar un nuevo de contrato en los mismos términos que el extinguido por el tiempo restante. Pero en el presente caso no nos encontramos ante una extinción del contrato, sino ante una mera suspensión contractual por motivos disciplinarios, que genera un efecto y unas consecuencias del todo distintas que la extinción.

Por eso aprecia la Magistrada que el empresario no estaba obligado a efectuar una nueva contratación, por no concurrir los requisitos previstos en la norma aplicable que regula únicamente el supuesto de extinción del contrato de relevo de carácter indefinido. Y la cuestión litigiosa se centraba en determinar, en definitiva, si la empresa estaba obligada o no a suscribir un nuevo contrato de relevo, y, en consecuencia, a determinar si era exigible a su costa el abono de la prestación de jubilación parcial abonada al trabajador relevado durante el tiempo que duró la sanción disciplinaria impuesta al trabajador relevista. Entiende, en conclusión, que la desestimación del recurso era la solución procedente, pero no porque concurra una causa de inadmisibilidad, sino porque no se aprecia en la sentencia del TSJ recurrida la infracción normativa denunciada.

7. BREVE COMENTARIO

La resolución objeto de comentario tiene dos frentes bien diversos, unos sustantivos sobre la interpretación de la norma aplicable, y otro adjetivo en relación a la admisión a trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En la primera perspectiva se enfrenta la resolución a la cuestión jurídica de determinar si es exigible, cuando el relevista ha sido suspendido de empleo y sueldo, es decir cuando su contrato de trabajo se encuentra suspendido y no extinguido, contratar a un sustituto de este por el tiempo que dure su suspensión contractual. Ya hemos apreciado como las normas no refieren propiamente este supuesto, sino que mencionan la “extinción” del contrato de relevo como presupuesto de la exigencia de contratación de un trabajador sustituto. En la medida en que en el supuesto debatido se trata de una suspensión y no de una extinción, es razonablemente adecuado interpretar que no le es aplicable a la empresa la exigencia normativa de contratar a un trabajador para que sustituya al relevista suspendido.

Este es el parecer del TSJ en la sentencia recurrida en casación, que se ha visto confirmada indirectamente por la inadmisión a trámite del recurso. Y esta era también la conclusión a la que debía llegarse según la magistrada discrepante, pero no inadmitiendo el recurso, sino admitiéndolo a trámite y desestimándolo en cuanto al fondo por no apreciar la infracción denunciada. La resolución del TSJ adquiere así firmeza, aunque, como no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto el TS, en otras futuras resoluciones con idénticos pedimentos y hechos puede entrar en el fondo del asunto, circunstancia que se hubiera impedido enormemente si se subiera seguido el criterio de la magistrada discrepante. Misma consecuencia, aunque desde dos caminos distintos.

La segunda perspectiva a considerar se refiere al ámbito y extensión de la contradicción en el recurso de casación para unificación de doctrina, problemática siempre discutida y probablemente nunca del todo resuelta, dada la propia idiosincrasia de este recurso excepcional y tasado. Tendríamos, simplificando los términos de las posiciones encontradas, dos perspectivas. En primer lugar una perspectiva estrecha, limitadora del acceso al recurso, que aboga por analizar los términos de la contradicción sobre tres elementos técnicos: los hechos debatidos, que deben ser sustancialmente idénticos; las causas de pedir, que deben tener la misma fundamentación; y la normativa aplicable en las sentencias recurrida y de contraste. Cualquier desviación en los términos que se comparan entre ambas resoluciones, por alguna de estas causas, determinaría, como es el caso en este recurso, su inadmisión. La perspectiva del voto particular, algo más abierta y facilitadora del acceso al recurso, minusvalora la última exigencia indicada, la de que tengan que pivotar ambas resoluciones sobre las mismas normas, apreciando el fondo de la cuestión desgajado del dato técnico normativo.

La primera perspectiva es más garantista, más cerrada, más propia de un recurso extraordinario. La ortodoxia interpretativa de los tres elementos en juego permite, cuando proceda la estimación, la elaboración de una doctrina muy técnica, muy ligada al dato normativo estricto, muy de consulta para la interpretación de situaciones limítrofes de la norma que requieren una auténtica solución doctrinal. La segunda perspectiva, aunque inicialmente pueda parecer más avanzada, moderna, y facilitadora del recurso, quizá puede provocar mayor inseguridad jurídica, pues no siempre queda claro cómo va a funcionar los

términos de comparación entre normas diversas. Es evidente que entre aquellas que tienen distinto tenor literal no procederá, ni siquiera en esta segunda línea interpretativa, la admisión a trámite de estos recursos. Quedando reducida esta segunda interpretación a supuestos en que la norma sin cambiar sustancialmente de criterio técnico haya sido completada o perfilada por otra posterior en el tiempo que no deroga la anteriormente vigente. Demasiada complejidad para el establecimiento de un criterio general de ortodoxa interpretación generalizada, más allá de supuestos como el debatido en este recurso, en donde es evidente que los hechos si eran idénticos así como las causas de pedir y las normas no eran sustancialmente contradictorias entre sí.