

**Hacer supuesto de la cuestión como vía para el fracaso de los recursos extraordinarios.**

**Susana Molina Gutiérrez**

*Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).*

**Resumen:** *Reitera nuestro Alto Tribunal su doctrina general para el acogimiento de la revisión fáctica, desestimando el recurso por incurrir en petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, al fundarse la censura jurídica no en los hechos declarados probados sino en los que se pretendió incorporar y que fueron rechazados.*

**Palabras clave:** *Naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Hacer supuesto de la cuestión.*

**Abstract:** *Our High Court reiterates its general doctrine for the prosperity of the factual review, dismissing the appeal for incurring factual censure at the request of principle or assuming the issue, since the censure was based not on the facts declared proven but on those purported to incorporate, which were rejected.*

**Keywords:** *Extraordinary nature of appeal. Assumption of the issue.*

---

### I. Introducción

La sentencia que se analiza resulta de interés no tanto por las conclusiones sobre el fondo de la controversia que se plantea a la Sala (relativas a la aplicación de la normativa COVID), sino por las de índole procesal que ésta aborda. Así, nuestro Alto Tribunal viene a profundizar sobre cuestiones que, si bien no resultan novedosas, sí que parece conveniente recordar para profundizar sobre la naturaleza extraordinaria del recurso de casación para unificación de doctrina (y por extensión el de suplicación), así como la trascendencia y alcance de sus respectivos escritos de impugnación.

### II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia.

**Órgano judicial:** Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Pleno).

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 193/2023, de 15 de marzo.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** RCO núm. 178/2022.

**ECLI:**ES:TS 2023:923

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

**Votos Particulares:** carece.

### III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Reacciona el Sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la decisión empresarial adoptada en el seno de Expediente de Regulación de Empleo por causas ETOP por una empresa del sector de alimentación con ocasión del COVID-19, y que finalizó sin acuerdo. Se proponía una compañía heladera a suspender los contratos de trabajo de 42 trabajadores y reducir la jornada de otros 11 entre los días 1 de junio de 2021 y hasta el 31 de diciembre de 2021, dentro de una plantilla de 331 personas trabajadoras. La causa aducida por la compañía era la persistente pérdida de actividad en la línea de negocio de helado y yogur como consecuencia del cierre temporal de los establecimientos de sus clientes de consumo y de distribución al por menor, siendo el número final de trabajadores que se vieron afectados por la medida colectiva su de 20. USO niega la realidad de la causa, denunciando como lesionado el compromiso de conservación de empleo impuesto por el RD Ley 11/2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Las Palmas de Gran Canaria) dictó sentencia<sup>[1]</sup> en la que, desestimando la demanda interpuesta en materia de regulación temporal de empleo por la representación legal del Sindicato "UNIÓN SINDICAL OBRERA" (USO) contra "GRUPO K., S.A.", absolviéndose a la referida empresa de los pedimentos formulados en aquella.

Declaraba probado la Sala territorial los siguientes datos relevantes: *“en el período que va del 15 de marzo de 2020 hasta el 30 de septiembre de 2021 se produjo un importante descenso de ventas de helado y yogur en relación al ejercicio anterior.*

*La caída de ventas total de la compañía ascendió a 23.654 miles de euros, lo que supone un acumulado total del 25,51% respecto del mismo período del año anterior no afecto al impacto de la COVID-19.*

*Por actividades, el descenso de ventas de Helado fue de 20.542 miles de euros, lo que representa una caída porcentual del 37,18%, y la actividad de Yogur tuvo un descenso de ventas respecto del período comparado de 3.112 miles de euros, que supone una caída del 8,31%.*

*El impacto de los descensos fueron más pronunciados en Fuerteventura y Lanzarote que en las islas capitalinas, básicamente porque el impacto del cierre del turismo y la hostelería es mayor en aquellas ya que la población residente es menor y, por tanto, el consumo local (vía supermercados o comercios al menor) tiene una incidencia más baja en las ventas totales.*

**SÉPTIMO.-** *Desde abril de 2020 hasta septiembre de 2021 tanto la actividad de Helado como la de Yogur han ido sufriendo mes a mes caídas de las ventas.*

*En el caso de la actividad de Helado, las caídas de los primeros meses fueron muy fuertes, por encima del 50%, para recuperarse levemente en los meses de mediados de año, volviendo a caídas muy significativas que se han mantenido en el tiempo, con la excepción del mes de septiembre, en el que se produjo una puntual recuperación del nivel de ventas, sin llegar a superar los datos del ejercicio anterior.*

*En la actividad de Yogur las caídas iniciales no fueron tan drásticas pero con el paso de los meses se han ido produciendo descensos que superan el 10%, incluso en algunos casos han llegado al 20%, con la excepción del mes de septiembre, como en el caso del Helado.*

**OCTAVO.-** *Para la distribución de Yogur la empresa tiene externalizadas a través de la empresa EXFERA GLOBAL, S.L. parte de las rutas de reparto en las islas en las que opera (Gran Canaria, Tenerife, Lanzarote y Fuerteventura).*

*El volumen de rutas externalizadas en agosto de 2021 era similar al existente en enero de 2020.*

*En Tenerife y Lanzarote dicho volumen se mantuvo, mientras que en Gran Canaria y Fuerteventura descendió ligeramente.*

*NOVENO.- Durante el año 2021 la empresa procedió a realizar cinco nuevas contrataciones de personas trabajadoras para ocupar puestos de trabajo de nueva creación que, por causas operativas, no podían ser cubiertos por los integrantes de la Plantilla”.*

#### **IV. Posición de las partes**

Recorre en casación ordinaria el sindicato actor destinado sus dos primeros motivos de recurso, contruidos al cobijo del apartado d) del artículo 207 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, a la rectificación del relato de hechos probados contenido en la sentencia, denunciado en último término la infracción del artículo 3.5 del Real Decreto Ley 11/2021 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

El Ministerio Fiscal considera improcedente el recurso.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

Como hemos anticipado, la Sala rechazará el recurso, no tanto por cuestiones de fondo como de naturaleza procesal, efectuando un análisis del artículo 207.d) de la LRJS en cuya virtud *“El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: d) 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”.*

#### **VI. Doctrina básica**

La sentencia que analizamos reitera una doctrina, que no por conocida, consolidada y pacífica deja de ser de absoluto interés. Se trata de analizar el modo en que impacta el éxito o fracaso de la revisión fáctica sobre la censura jurídica construida en los recursos de naturaleza extraordinaria.

Insiste la Sala en que no debemos de correr el peligro de convertir la intervención de la Sala cuarta en una nueva instancia jurisdiccional, pues no fue ese el deseo del legislador, lo que explica las notorias exigencias impuestas por el legislador y por el propio Tribunal al interpretar la norma en orden a la revisión d ellos hechos probados<sup>[2]</sup>.

Partiendo de los requisitos que tradicionalmente han quedado sentados para la llegada a buen término de los motivos contruidos al amparo del apartado d) del artículo 207 de la norma adjetiva laboral<sup>[3]</sup> concluye la Sala que *“No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo. La revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, “la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes” ( STS de 27 de marzo de 2000, rcud 2497/1999 ). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente, pues, reiteramos, el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida (STS 11 de febrero de 2014, rec. 27/2013)”.*

Aborda también la sentencia, con menor intensidad pero con igual relevancia, lo que rubrica como *“funcionalidad de la impugnación del recurso”<sup>[4]</sup>*, señalando que

*“dicho escrito en modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada. Invocando otras anteriores, la STS 728/2016 de 14 septiembre advierte que “la naturaleza del escrito de impugnación no es similar a la del recurso, por lo que no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un recurso específico. Por ello, la impugnación eventual no puede sustituir al propio recurso ni puede agravar por sí misma la condena inicial, y en consecuencia no es posible la reformatio in peius por la sola circunstancia de haberse formulado una impugnación eventual a cargo de la parte recurrida”.*

Aclarado este particular, y tras rechazar la totalidad de motivos de rectificación histórica construidos por USO<sup>[5]</sup>, concluye la Sala, en lo que nos ocupa, al tiempo de abordar la denuncia de infracción jurídica que *“El recurso se construye en este pasaje a partir de los hechos que considera acaecidos, presuponiendo el éxito de las dos revisiones interesadas en tal sentido.*

*Al no haber prosperado ninguna de las dos, quiebra por su propia base la infracción postulada respecto de horas extraordinarias y nuevas contrataciones.*

*El motivo de recurso acaba abordando un problema o supuesto diverso al que concurre, incurriendo así en el vicio o defecto que venimos denominando “petición de principio”. Al haberse construido el motivo sobre bases fácticas erróneas incurre en el vicio procesal de la llamada “petición de principio” o “hacer supuesto de la cuestión”, que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida. Este defecto se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (STS 141/2021 de 2 febrero, rec. 128/2019 y las citadas en ella)”.*

Pese a que la aplicación de la referida doctrina resultaría suficiente para rechazar el recurso, el Tribunal añade que *“El RDL 30/2020 dispone que esas actuaciones antijurídicas de la empresa “podrán constituir infracciones de la empresa afectada, en virtud de expediente incoado al efecto, en su caso, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Sin embargo, lo que el sindicato recurrente pretende, aunque sobre base fáctica inexistente, es algo bien distinto: que “se anule y deje sin efecto el expediente de regulación temporal de empleo aprobado con efectos de 1 de junio de 2021”. No hay cita adicional alguna de la norma en que apoya esa pretensión, ni reflexión acerca del principio de proporcionalidad (la sentencia recurrida destaca el volumen de empleo existente y la escasa entidad de las supuestas irregularidades denunciadas)”.*

## **VII. Parte dispositiva**

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede la desestimación del recurso de casación ordinaria entablado por el sindicato actor, confirmando el fallo de la sentencia de la Sala territorial que declaran firme, sin proceder la imposición de costas.

## **VIII. Pasajes decisivos**

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derecho segundo y siguientes, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

## **IX. Comentario**

Como se comprueba de los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia que comentamos, y aunque parece que cada vez es más complicado que el Alto Tribunal rechace de plano un recurso por cuestiones de estricta naturaleza procesal, resulta que estas en muchas ocasiones se presentan con tal intensidad que restan protagonismo a la controversia de fondo que se suscita, haciendo depositar sobre ellas la *ratio decidendi* de lo finalmente acordado.

No podemos olvidar que las reglas de procedimiento se presentan como la estructura más elemental que dota de seguridad jurídica al proceso, ofreciendo la senda por el que éste habrán de transitar, facilitando a quienes a él se aproximen unas comunes reglas de juego que salvaguarda su derecho fundamental de tutela judicial. Sabemos que el derecho al recurso no se integra dentro de este derecho consagrado en el artículo de nuestra Carta Magna de manera absoluta, sino en los términos definidos por el legislador ordinario. Así ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones, insistiendo en que "el derecho a la tutela judicial efectiva no obliga a crear un sistema de recursos al legislador" Ahora bien, ha señalado, con la misma rotundidad, que "una vez establecido tal sistema, el mencionado derecho fundamental comprende el de utilizarlo de acuerdo con la ley y el de obtener una resolución fundada del recurso correspondiente" (STC 3/83, de 5 de enero de 1983). En efecto, una reiterada y consolidada jurisprudencia constitucional insiste en que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE no exige, per se, ni la doble instancia, ni otro recurso jerárquico cualquiera contra las decisiones judiciales (STC 54/84, entre otras muchas).

En el mismo sentido, añadir que la propia Sala Cuarta nos ha ofrecido en ocasiones precedentes una noción del instituto que hoy examinamos, concluyendo que no es otra cosa que partir de hechos no declarados probados en la sentencia de instancia para aplicar la norma que se invoca como infringida con un resultado distinto. Y como dice la sentencia de la Sala de lo Civil de 19 de mayo de 2005, reiterando doctrina, *"no cabe en casación hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos distintos de los que ha declarado acreditados la sentencia de instancia, pues ello sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria y, especialmente, de la valoración de la prueba realizada en la instancia, que corresponde exclusivamente a ésta. Lo cual, que también coincide con el concepto y la función de la casación, ha sido mantenido por reiterada jurisprudencia: así, sentencias de 17 de mayo de 2000, 3 de mayo de 2001, 21 de noviembre de 2002 "* (por todas, sentencia de la Sala Cuarta de 15 de mayo de 2007, recurso 44/2006).

## X. Apunte final

La doctrina analizada, impone que no podemos olvidar, ni desatender, la adecuada construcción de los diferentes motivos de recurso, pues la naturaleza extraordinaria de los confeccionados por el legislador para nuestro orden social impregna de principio a fin su tratamiento; no sólo desde la determinación, o selección, de resoluciones susceptibles de ser impugnadas, o la fijación de motivos de recurso tasados; sino hasta la propia dinámica de su tramitación; de tal modo que, como una suerte de piezas de dominó, el éxito o fracaso de unos comprometerá la fortuna de los restantes.

Insistir para concluir que la doctrina analizada en relación con esta causa de desestimación del recurso de casación resulta de plena aplicación respecto del de suplicación, en tanto en cuanto que ambos comparten idéntica naturaleza; debiendo destacar que son numerosas las ocasiones en que las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestra geografía acuden a este argumento para rechazar los correspondientes recursos<sup>[6]</sup> de los que conocen; por lo que no es baladí insistir en la doctrina jurisprudencial desgranada *ut supra*, en tanto en cuanto nos refresca la apropiada técnica procesal con que se han de construir los recursos de casación y suplicación (y sus respectivas impugnaciones), garantizando con ello una más eficaz y recta administración de justicia.

---

## Referencias:

1. <sup>^</sup> De fecha 12 de mayo de 2022 Social sección 1 del 12 de mayo de 2022 ( ROJ: STSJ ICAN 3317/2022 - ECLI:ES:TSJICAN:2022:3317 )

2. <sup>^</sup> En esta misma línea se ha de destacar -igualmente- cómo la doctrina constitucional recuerda que el recurso de suplicación tiene un alcance limitado y que los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga -en su caso- el recurrido [ SSTC 18/1993, de 18 de enero, FJ 3 ; 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4 ; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 4 , y 205/2007, de 24 de septiembre , FJ 6], de manera que tal configuración del recurso determina que el Tribunal «ad quem» ni pueda valorar «ex novo» toda la prueba practicada ni tampoco revisar el Derecho aplicable, sino que ha de limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes ( STC 169/2013, de 7/Octubre , FJ 4).
3. <sup>^</sup> Tal y como refieren las SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) y otras muchas viene exigiendo, para que el motivo prospere:1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.
4. <sup>^</sup> Disciplinado en el artículo 211.1 de la LRJS, que dispone que “Una vez formalizado el recurso o recursos dentro del plazo concedido y con los requisitos exigidos, el secretario judicial proveerá en el plazo de dos días dando traslado del mismo a las demás partes por término común de diez días para su impugnación.El escrito de impugnación deberá presentarse acompañado de tantas copias como sean las demás partes para su

*traslado a las mismas. En el mismo se desarrollarán por separado los distintos motivos de impugnación, correlativos a los de casación formulados de contrario y las causas de inadmisión que estime concurrentes, así como, en su caso, otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados por ésta, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante, observando análogos requisitos que los exigidos para la formalización del recurso. El escrito deberá estar suscrito por letrado, quien de no indicarse otra cosa asumirá desde ese momento la representación de la parte en el recurso, designando domicilio con todos los datos necesarios para notificaciones en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”*

5. *^ Aplicando nuevamente los criterios tradicionales sobre rectificación fáctica, en concreto la necesidad de trascendencia de la nueva redacción propuesta para la variación del sentido del fallo que se persigue, así como la imposibilidad de efectuar una reconsideración de los medios de prueba que ya fueron valorados por el órgano de instancia, pues a él a quien corresponde tal facultad (así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (por todas la Sentencia de la Sala Cuarta de 18/11/1999 [RJ 1999\8742]).*
6. *^ Así, sentencias de la Sala de Social del TSJ de Madrid de 14 de abril de 2023, Sección Primera (recurso 101/2023), de 3 de abril de 2023 Sección Cuarta (recurso 65/2023), de 30 de marzo de 2023 de la Sección Sexta (recurso 877/2022), de Cataluña de 4 de julio de 2022 (recurso 178/2022), de Cantabria de 31 de marzo de 2023 (Recurso 118/2023) ente otras muchas.*