

**El TS unifica doctrina y declara que la ausencia de videograbación o acta del juicio no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea**

**Estima la Sala el recurso interpuesto por la Administración actora y declara válida la extinción de la relación laboral de la trabajadora demandante. Se discute en el pleito si, en el marco de un procedimiento por despido, la ausencia de grabación del juicio oral por problemas de carácter técnico, con la consiguiente imposibilidad de disponer de la misma en el momento de interposición del recurso de suplicación, constituye causa de nulidad.**

Al respecto señala el Tribunal que tanto la doctrina constitucional como la de la Sala tienden a evitar la declaración automática de una nulidad de actuaciones como consecuencia de la infracción cometida, exigiendo en todo caso la valoración de las circunstancias concurrentes a fin de valorar si se ha producido indefensión. Existiendo en el presente caso discrepancias doctrinales sobre la materia, el TS procede a su unificación y afirma que la infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración de Acta del mismo no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo la misma posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea. En el supuesto examinado la sentencia recurrida constató que la innegable infracción de garantías procesales no fue de tal entidad que generase indefensión a la hora de formalizar el recurso de suplicación por la trabajadora.

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

**Sentencia 4/2023, de 10 de enero de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 4071/2019

Ponente Excmo. Sr. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

En Madrid, a 10 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª Soledad, representada y defendida por el Letrado Sr. Sánchez Cholbi, contra la sentencia n.º 1393/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 17 de julio, en el recurso de suplicación n.º 50/2019, interpuesto frente a la sentencia n.º 322/2016 de 30 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Melilla, en los autos n.º 241/2016, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Ciudad Autónoma de Melilla, sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 30 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando parcialmente en los términos preindicados la demanda formulada por D.ª Soledad contra la Ciudad Autónoma de Melilla en la que ha sido parte el Ministerio Fiscal, desestimo la misma en cuanto a la acción de nulidad e improcedencia de despido formulada por la actora, declarando la procedencia de la decisión extintiva adoptada por la demandada con efectos de 16 de Abril de 2016, condenando no obstante a ésta a indemnizar a la demandante en la cantidad de 29.234,25 euros por extinción de contrato, de

conformidad con el expuesto en el fundamento jurídico séptimo de la presente, y absolviendo a la demandada de los restantes pronunciamientos formulados en su contra".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1.º.- La actora, Soledad, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la Ciudad Autónoma de Melilla, desde el 1 de Febrero de 2005, con la categoría profesional de trabajadora social y salario diario a efectos de despido de 129,93 euros diarios, en diversos centros de la Ciudad Autónoma de Melilla.

2.º.- En fecha de 17 de Marzo de 2016 se dirige a la actora por la Viceconsejería de Administraciones Públicas de la Ciudad Autónoma comunicación escrita poniendo en su conocimiento la extinción de la relación laboral entre ambas partes con efectos de 19 de Abril de 2016 - doc unido al escrito de demanda y cuyo contenido doy por íntegramente reproducido.

3.º.- Habiendo interpuesto la parte actora reclamación previa, ésta fue expresamente desestimada el 8 de Abril de 2014, y notificada a la parte actora en fecha de 19 de Abril de 2016.

4.º.- Resta indicar lo siguiente:

1.- En fecha de 29 de Octubre de 2012 se dicta por éste Juzgado Sentencia declarando improcedente el despido de la actora ocurrido el 31 de Diciembre de 2012, condenando a la Ciudad Autónoma de Melilla a estar y pasar por esta declaración y a que readmita a la actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad del despido con abono de los salarios dejados de percibir desde que el mismo tuvo lugar hasta que la readmisión se lleve a efecto a razón de un importe diario de 129,93 euros.

2.- El 1 de Diciembre de 2012 se suscribe entre las partes contrato indefinido a tiempo completo, figurando como categoría de la actora la de trabajadora social, con reconocimiento de antigüedad de 1 de Febrero de 2005.

3.- En fecha de 19 de Diciembre de 2012 la actora dirige escrito a la Consejería de Bienestar social y sanidad interesando indicación de servicios y funciones a desarrollar tras el dictado de la Sentencia anterior, recibiendo contestación en fecha de 18 de Enero de 2013 - doc. 11 ramo de prueba del actor.

4.- En fecha de 23 de Enero de 2013 se dicta auto por éste Juzgado despachando ejecución de la Sentencia anterior, así como en fecha de 3 de Febrero ordenando a la actora el pago de la cantidad de 5.197,85 euros en concepto de principal.

5.- El 11 de Julio de 2013 la actora dirige escrito a la Consejería de Administraciones Públicas en relación a reintegro de cantidad, y en 9 de Diciembre de 2013 en relación a retención en nómina - docs 5 y 6 ramo de prueba de la actora.

6.- Por Sentencia de 5 de Diciembre de 2013 se dicta Sentencia por éste Juzgado en PO 657/12, condenando a la CAM a abonar a la actora la cantidad de 10.866,93. Dictándose en fecha de 23 de Abril de 2014 auto despachando ejecución de la misma.

7.- En fecha registro de entrada en este Juzgado de 3 de Febrero de 2015 la actora presenta escrito interesando ejecución de acuerdo judicial recaído en autos de PO 401/14.

8.- En el BOME de 20 de Febrero de 2013 se crea en plantilla de personal laboral la plaza de Trabajador Social reconocida en virtud de la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de 2 de noviembre de 2012, con el fin de cubrirla conforme a los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito. Conteniéndose en la oferta de empleo público, acceso libre, con grupo de titulación A2.

9.- En Informe" memoria de la plantilla, relación de puestos de trabajo y oferta de empleo público de la Ciudad Autónoma de Melilla para el año 2013 - doc. 3 ramo de prueba de la CAM- se contiene la supresión de 13 puestos de funcionarios propios, 6 laborales y 27 de la Consejería, previéndose el aumento de 1 plaza de Trabajador Social (A2), fijándose la dotación en 11 plazas. Reseñándose el cumplimiento de los trámites legales habido sido convocada a tal efecto la Mesa General Común de Negociación de Personal Funcionario y Laboral de la Ciudad Autónoma de Melilla.

10.- Mediante Orden 238 de la Consejera de Administraciones Públicas de fecha 20 de Marzo de 2013 se resuelve convocar el proceso de selección de plaza de Trabajador Social, "dicha plaza está prevista en la Oferta de Empleo Público para el año 2013 reconocida por Sentencia de fecha 29 de Octubre de 2012, dictada por el Juzgado de Lo Social nº 1 de Melilla".

- Mediante Sentencia 213/13 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de esta ciudad se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAM de fecha 21 de diciembre de 2012, relativo a la aprobación de la oferta de empleo público, y contra la Orden de la Consejería de Administraciones Públicas número 238, de 20 de Marzo de 2013. Figurando la interposición de recurso de apelación por la actora en fecha de 21 de Octubre de 2013:

- En fecha de 21-4-14 figura propuesta del Tribunal de Selección para la provisión en propiedad de plaza de trabajador social personal laboral grupo A2 mediante el sistema de oposición libre. Mediante orden 238 de la Consejería de Administraciones Públicas de 20 de Marzo de 2013 se declara desierta la plaza.

11.- En acta de la mesa general común negociadora de personal funcionario y laboral de la CAM de 15-1-15, figura aprobación por unanimidad de las bases de la convocatoria para la provisión en propiedad de una plaza de trabajador social (oposición libre) OPE 213.

- En fecha de 29 de Enero de 2015 se aprueba Orden nº 73 de la Consejería de Administraciones Públicas relativa a bases de convocatoria para la provisión en propiedad de plaza de trabajador por sistema de oposición libre.

- Mediante Sentencia 16/16 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de esta ciudad se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la actora contra la orden anterior. Frente a la misma la actora con fecha de 10 de Febrero de 2016 ha interpuesto recurso de apelación.

- En fecha de 9-2-16 por el Tribunal de Selección para la provisión en propiedad de plaza de trabajador social se realiza propuesta de aspirante, suscribiéndose el 20 de Abril de 2016, contrato indefinido a tiempo completo

12.- En la edición del periódico " El faro de Melilla " de 16 de Marzo de 2013 figura noticia de convocatoria de plaza de empleo para un trabajador social aprobada por el Consejo de Gobierno.

13.- En fecha de 5 de Noviembre de 2015 se data el parto y fecha de inicio de descanso maternal de la actora, hasta la fecha de 24-2-16. Mediante Resolución de 3 de Marzo de 2016 la Viceconsejera de Administraciones Públicas dispone que a partir del 17 de Marzo de 2016 la actora tenga un permiso retribuido de 22 días hábiles, hasta el día 19 de Abril de 2016, ambos inclusive.

14.- Unido al ramo de prueba de la actora - doc.12- figura certificación librada por el Secretario Técnico de la Consejería de Administraciones Públicas, cuyo contenido doy por reproducido".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D.ª Soledad contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Melilla con fecha 30 de noviembre de 2.016, en autos sobre despido a

instancias de dicha recurrente contra la Ciudad Autónoma de Melilla, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal. Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la Ciudad Autónoma de Melilla contra dicha sentencia y, con revocación en parte de la misma, mantenemos la declaración de válida extinción de la relación laboral y dejamos sin efecto la condena al pago de indemnización alguna en favor de la actora".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Sánchez Cholbi, en representación de D.<sup>ª</sup> Soledad, mediante escrito de 23 de septiembre de 2019, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de diciembre de 2012 (rec. 772/2012). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 89.1 y 195.1 LRJS, en relación con el art. 238.3 LOPJ, arts. 24.1 y 2 CE.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 6 de marzo de 2020 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- No habiéndose personado la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

En el marco de un procedimiento por despido se discute si la ausencia de grabación del juicio oral por problemas de carácter técnico, con la consiguiente imposibilidad de disponer de la misma en el momento de interposición del recurso de suplicación, constituye causa de nulidad.

1. Datos fácticos y sentencia de instancia.

A) Reproducida más arriba la crónica judicial de lo acaecido, a nuestros efectos, basta con resaltar lo siguiente: 1.º) La actora presta sus servicios como Trabajadora Social de la Ciudad Autónoma de Melilla desde febrero de 2005. 2) En marzo de 2016 la empleadora le comunica la extinción de la relación laboral con efectos de 19 de abril de 2016.

B) Mediante su sentencia 322/2016 de 30 de noviembre el Juzgado de lo Social n.º 1 de Melilla estima parcialmente la demanda de la trabajadora.

Descarta que haya un despido improcedente o nulo, pero habida cuenta de que ha finalizado una relación de personal indefinido no fijo (PINF), puesto que ha habido previas anomalías contractuales, le reconoce el derecho a cobrar una indemnización de 29.234,25 €.

C) Disconformes ambas partes con la referida solución, presentaron sendos recursos de suplicación, solicitando la nulidad de las actuaciones al no haberse grabado del acto de juicio oral (recurso de la trabajadora) o que se deje sin efecto la condena al pago de la indemnización fijada (recurso de la Ciudad Autónoma de Melilla).

2. Sentencia recurrida.

A través de su sentencia 1393/2019 de 17 julio la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (sede de Málaga) estima el recurso interpuesto por la Administración empleadora y, con revocación en parte de la dictada en la instancia, mantiene la declaración de válida extinción de la relación laboral pero deja sin efecto la condena al pago de indemnización alguna en favor de la actora.

Respecto del recurso de la trabajadora (denunciando la infracción de los artículos 89 LRJS, 238 LOPJ y 24 CE), advierte que la recurrente no explica ni razona la indefensión que se le ha producido, desconociendo en qué medida la irregularidad procesal denunciada (falta de grabación del acto de juicio oral por razones técnicas) le puede generar un perjuicio real y efectivo, por lo que el motivo de nulidad debe fracasar.

### 3. Recurso de casación unificadora e Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 23 de septiembre de 2019 el Abogado y representante de la trabajadora formaliza el recurso de casación unificadora que ahora resolvemos.

Plantea como núcleo de contradicción la existencia de indefensión en el momento de formalización del recurso al no disponer del acta del juicio o grabación del mismo. Se ampara en el apartado c) del art. 207 LRJS y denuncia la vulneración de los arts. 89.1 y 195.1 LRJS, en relación con el art. 238.3 LOPJ, y con el art. 24.1 y 2 CE.

Subraya que desde la fecha de celebración del juicio, que debió ser grabado, hasta que se da el traslado efectivo de los autos para formalización de la suplicación transcurrieron más de dos años. Entiende que se ha vulnerado el derecho a la defensa y a un juicio con todas las garantías y recuerda que interpuso un incidente de nulidad de actuaciones, desestimado por no ser firme la sentencia.

B) Con fecha 28 de mayo de 2020 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS

Considera concurrente la contradicción e improcedente el recurso, toda vez que el art. 238 LOPJ exige que concurra indefensión para que proceda la nulidad de actuaciones y aquí no concurre. Además, recuerda doctrina acuñada por la STS 31 octubre 2012 (rec. 3760/2011).

#### SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Antes de examinar el acierto de la tesis defendida por el recurso, hay que examinar si concurre el requisito de contradicción. Se trata de exigencia de orden público que debemos controlar de oficio.

#### 1. Exigencias generales.

A) El artículo 219 LRJS 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 Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha 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 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".

B) 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.

C) Especialmente trascendente a nuestros efectos es el recordar la doctrina repetidamente acuñada sobre el modo en que ha de aquilatarse la concurrencia de la preceptiva contradicción cuando el recurso denuncia la existencia de infracciones de tipo procesal. Como resume, por ejemplo, la STS 775/2022, 27 de septiembre de 2022 (rcud 4655/2019), "Esta Sala de casación ha aplicado criterios flexibles en orden a determinar la concurrencia del requisito de contradicción de sentencias cuando se trata de infracciones procesales que pudieran generar indefensión ( sentencias de este Tribunal de 1 de junio de 2016, recurso 3241/2014; 11 de marzo de 2015, recurso 1797/2014; 7 de abril de 2015,

recurso 1187/2014; y 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017). No es la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del art. 219.1 de la LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra en este extremo suficiente homogeneidad ( sentencias del TS de 28 de febrero de 2017, recurso 2698/2015; y 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017)."

## 2. Sentencia referencial.

A efectos de comparación el recurso ha seleccionado la STSJ Murcia de 17 de diciembre de 2012 (rec. 772/2012), sobre despido objetivo que el Juzgado de lo Social consideró procedente. El actor, en su recurso de suplicación, postulaba inicialmente la nulidad de actuaciones por aplicación de los artículos 238, 240 y 281 LOPJ, en relación con el artículo 89 LPL y el artículo 24 CE, con base en que en los autos no aparecía el acta del juicio, y más concretamente el documento generado por el sistema de grabación audiovisual en el que se recogen los actos de conciliación y juicio.

La sentencia constata que se había incumplido lo dispuesto en el artículo 89.1 LPL pues al solicitar la grabación del acta del juicio con el propósito de formalizar el recurso de suplicación se le contestó por medio de Diligencia de Ordenación que no se le podía facilitar la copia solicitada debido a que no consta la grabación por motivos técnicos en el programa correspondiente, a pesar de lo cual fue formalizado el recurso de suplicación pero sin poder tener presente el acta del juicio o la grabación. Concluye que ha habido vulneración de las garantías del proceso pues la celebración del juicio puede constar mediante el sistema de grabación conforme al artículo 89.1 LPL y si ello no es así, debe figurar la oportuna acta, no siendo posible que deje de existir constancia del acto del juicio y de sus incidencias siempre a efecto de un posible recurso y esa falta de constancia indudablemente provoca indefensión a la parte recurrente, no pudiendo verse privado tampoco el tribunal que ha de resolver el recurso de analizar dicho acto.

Desestima las alegaciones de la contraparte en su impugnación al recurso, que manifestaba que no se había causado ninguna indefensión a la recurrente porque la única prueba practicada en el acto del juicio había sido la documental que obraba en autos, pues se trata de meras manifestaciones que no podían ser averdadas sin la existencia de soporte probatorio, ni saber si el juicio se desarrolló de uno u otro modo.

## 3. Consideraciones específicas.

A) Por razones cronológicas, las Leyes reguladoras del procedimiento laboral son diversas en los casos enfrentados, dada la fecha de las respectivas sentencias: en un caso opera la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 y en el otro la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 2011.

Pero lo cierto es que el artículo 89 de ambos textos normativos es idéntico ("El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales").

También es cierto que ahora se invoca como infringido el artículo 195.1 LRJS sobre el modo de llevarse a cabo la interposición del recurso de suplicación ("Si la resolución fuera recurrible en suplicación y la parte hubiera anunciado el recurso en tiempo y forma y cumplido las demás prevenciones establecidas en esta Ley, el secretario judicial tendrá por anunciado el recurso y acordará poner los autos a disposición del letrado o graduado social colegiado designado por la parte recurrente, por el orden de anuncio, en la forma dispuesta en el apartado 1 del artículo 48, para que interponga el recurso, dentro de los diez días siguientes a que se notifique la puesta a disposición, debiendo sustituirse el traslado material de las actuaciones por la entrega de soporte informático o mediante acceso telemático, si se dispusiera de los medios necesarios para ello. Este plazo correrá cualquiera

que sea el momento en que el letrado o el graduado social colegiado examinara o recogiera los autos"), mientras que en el asunto referencial estaba vigente el art. 193.1 LPL y que posee un distinto tenor ("Si la resolución fuera recurrible en suplicación y la parte hubiera anunciado el recurso en tiempo y forma y cumplido las demás prevenciones establecidas en esta Ley, el Secretario judicial tendrá por anunciado el recurso y acordará poner los autos a disposición del letrado o graduado social colegiado designado para que en el plazo de una audiencia se haga cargo de aquellos e interponga el recurso en el de los diez días siguientes al del vencimiento de dicha audiencia. Este plazo correrá cualquiera que sea el momento en que el letrado o el graduado social colegiado recogiera los autos puestos a su disposición") pero sus divergencias no afectan al problema ahora suscitado.

B) Tampoco han de afectar ahora a la existencia de contradicción las diversidades fácticas de diverso orden que concurren, pues solo interesa destacar que la pretensión procesal en estudio es la relativa a que se declare la nulidad de actuaciones como consecuencia de la anomalía denunciada sobre la ausencia de copia o acta del desarrollo del juicio oral.

C) La identidad exigida es clara en cuanto al motivo procesal que se alega: en los dos casos concurre carencia de grabación e imposibilidad de poner a disposición del recurrente en suplicación el soporte necesario que solicita para formalizar su recurso, o en su defecto el acta escrita levantada.

D) Por el contrario, son discrepantes los respectivos fallos. La sentencia recurrida considera que la parte recurrente debía explicar y razonar la indefensión que se le había producido, para que el tribunal pudiera valorar en qué medida la irregularidad procesal denunciada le podía generar un perjuicio real y efectivo. La sentencia de contraste, ante la misma falta de grabación del acto de juicio oral, considera que esa falta de constancia indudablemente provocaba indefensión a la parte recurrente, no pudiendo verse privado tampoco el tribunal que había de resolver el recurso de analizar dicho acto.

#### 4. Concurrencia de contradicción.

A la vista de cuanto antecede, en concordancia con el Informe del Ministerio Fiscal, consideramos concurrente la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS. Debemos decidir si la ausencia de grabación del juicio e inexistencia de acta escrita comporta la nulidad de todo lo actuado desde ese momento (tesis de la sentencia referencial) o si ello solo existe cuando concurre una indefensión que ha de alegarse (tesis de la sentencia recurrida).

#### TERCERO.- Doctrina concordante.

##### 1. Carácter excepcional de la nulidad de actuaciones.

Como queda expuesto, el recurrente denuncia la infracción del artículo 238.3.º LOPJ, conforme al cual los actos procesales serán nulos de pleno derecho "cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión".

Por ello mismo resulta obligado comenzar recordando cuanto tantísimas veces hemos puesto de relieve acerca de esta figura: 1.º) El "incidente de nulidad de actuaciones es (...) un remedio procesal de carácter extraordinario que permite a los órganos judiciales subsanar ellos mismos aquellos defectos que supongan, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de dichos órganos, en relación con los vicios formales causantes de indefensión". 2.º) El art. 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la obligación de los Juzgados y Tribunales de "rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal". 3.º) El legislador, consciente del elevado coste procesal que la nulidad comporta, en cuanto que contraría los principios de celeridad y economía procesal, dispone que "no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones" ( art. 241 LOPJ). Esta dimensión se refuerza, con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas, mediante las reglas que establecen, como norma general, la no suspensión de la ejecución, la condena en costas en

caso de desestimación, o la imposición de multas cuando la interposición se considera temeraria. En la misma dirección apunta el establecimiento de unas reglas simples para la tramitación procedimental y la delimitación del objeto del incidente.

## 2. Jurisprudencia constitucional.

Si bien no existe un caso igual al ahora examinado, lo cierto es que de la doctrina constitucional parece desprenderse la conclusión de que la defectuosa grabación del juicio oral no conlleva necesariamente la anulación de las actuaciones de instancia cuando no se ha causado indefensión a la parte recurrente.

La STC 4/2004, de 14 de enero, explica que la destrucción del acta de juicio no es en sí una causa de nulidad del juicio mismo si materialmente se celebró con todas las garantías y en él las partes pudieron ejercer sus derechos de alegación y prueba sin limitación.

Doctrina constitucional inveterada viene explicando que, como regla general, no toda irregularidad, genera por sí misma una indefensión material constitucionalmente relevante. Para que las irregularidades procesales adquieran transcendencia es preciso que posean una incidencia real y efectiva sobre el derecho de defensa de la parte, además no deberse a su propia pasividad o falta de diligencia. En suma, para que exista indefensión a los efectos del art. 24 CE no basta con que haya existido una infracción de las reglas procesales, sino que es preciso que, a consecuencia de estas infracciones, el recurrente sufra un efectivo y real menoscabo en su derecho de defensa y que, además, haya experimentado o pueda experimentar un perjuicio real y efectivo en los intereses materiales deducidos en el proceso (por todas SSTCE 171/1994; 20/2000; 91/2000).

## 3. La STS 31 octubre 2012 (rcud. 3760/2011 ).

Gran semejanza con nuestro caso tiene el resuelto por la STS 31 octubre 2012 (rcud. 3760/2011), la cual rechaza la nulidad de actuaciones del acto del juicio pretendida por ambas partes en casación unificadora, en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, por falta de incorporación a las actuaciones del acta levantada por el Secretario siendo inaudible el DVD utilizado para la grabación. Allí el recurso de casación unificadora también invocaba la infracción del artículo 89.1 LPL, del artículo 238.3.º LOPJ y del artículo 24.2 CE.

Resulta pertinente reproducir el tenor de su Fundamento Tercero, pues sus reflexiones son por completo trasladables a nuestro caso:

TERCERO.- Resulta esencial valorar en qué medida la ausencia en autos del acta practicada por el Secretario mediante sus notas manuscritas y en sustitución de la grabación inaudible, comporta la indefensión de las partes.

[...]

Respecto a lo segundo, la indefensión, de cuyo perjuicio real no se nos da noticia, habría de concretarse en la relación causa- efecto como limitación para recurrir, sucesivamente en suplicación y en casación para la unificación de doctrina. Pero lo cierto es que el recurso de suplicación, como excepcional que es, ve restringida la utilización de las pruebas a efectos de revisión fáctica. Tan solo cabe invocar con tal objeto las pruebas documentales y periciales. De la última no se hace mención y en cuanto a la primera no hay referencia alguna a controversia derivada de impugnación o falta de reconocimiento. Resta por tanto analizar la trascendencia de una prueba testifical, que ha sido practicada, que carece de valor revisorio y que únicamente puede tener repercusión en el recurso de suplicación en el caso de alegada irregularidad procesal acerca de su práctica.

[...]



Ni siquiera la parte recurrente ha podido expresar como la indefensión se proyecta, a su juicio, salvo en lo que concierne a la apreciación de la prueba testifical, factor irrelevante a efectos del recurso de suplicación pues ni siquiera está haciendo valer la alusión a dicha prueba como defecto procesal en el que se hubiera incurrido durante el juicio debido a anomalías en su práctica.

#### 4. Balance.

Tanto la doctrina constitucional cuanto la de esta Sala tienden a evitar la declaración automática de una nulidad de actuaciones como consecuencia de la infracción procesal cometida, exigiendo en todo caso la valoración de las circunstancias concurrentes a fin de valorar si se ha producido una indefensión.

#### CUARTO.- Resolución.

##### 1. Unificación de doctrinas.

Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada ( arts. 123 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Y, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho, ello nos aboca a considerar acertada la contenida en la sentencia recurrida.

La infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración de Acta del mismo no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo la misma posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea; a tal efecto ha de tenerse en cuenta la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación y la limitación de motivos por los que puede interponerse.

##### 2. Consideraciones adicionales.

En la línea expuesta a lo largo del Fundamento anterior, debemos explicitar ahora los argumentos que abocan a la desestimación del recurso.

A) El litigio surge al hilo de una dilatada prestación de servicios en régimen de interinidad, cuyas numerosas incidencias aparecen minuciosamente reflejadas en el relato de hechos probados elaborado por el Juzgado de lo Social.

B) La sentencia de instancia era susceptible de recurso de suplicación respecto del fondo del litigio ( art. 191.3.a LRJS), pero el cuestionamiento de lo acaecido solo cabe con apoyo en pruebas de naturaleza pericial o documental ( art. 193.b LRJS).

Eso comporta que el testimonio del único testigo que depuso (un Delegado sindical y funcionario de la Administración empleadora), ya valorado por el órgano judicial de instancia apenas ha podido incidir en el modo de valorar "el caudal probatorio" a que se refiere el Primer Fundamento de su sentencia.

La abundante prueba documental aportada y el tipo de debate suscitado convierten en poco verosímil la incidencia del desarrollo del juicio en el modo de combatir el criterio acogido por el Juzgado.

C) La sentencia del Juzgado ha valorado los indicios sobre vulneración del derecho a la indemnidad y descartado que la convocatoria de la plaza desempeñada pueda considerarse como una represalia, a cuyo efecto recuerda y aplica la extensa doctrina constitucional sobre al particular.

Pero es que, además, en el Fundamento Segundo aparece una extensísima dación de cuenta de los términos en que se suscita la controversia, explayándose en los argumentos de las partes. Por descontado, no estamos manifestando que una sentencia pueda suplantar a la grabación el juicio o al acta de su desarrollo, pero es lo cierto que en el presente caso así sucede de manera material.

D) La justificada queja respecto del tiempo transcurrido desde que se celebra el juicio hasta que se pone a disposición de la parte el rollo y se le comunica que no existe grabación en modo alguno puede arrastrar la automática nulidad de actuaciones.

La memoria humana puede desconocer los documentos impugnados por la propia parte que desea recurrir, como sostiene el recurrente para justificar su indefensión. Pero no es clara la trascendencia de tal olvido desde la perspectiva de su indefensión, máxime cuando ni siquiera denuncia sospechas sobre alguno de los tomados en cuenta por el Juzgado para confeccionar los hechos probados, del mismo modo que tampoco señala los que podrían conducir a su reconsideración. Es más: el alegato de referencia cae por su base puesto que los Antecedentes de Hecho de la sentencia del Juzgado de lo Social advierten que "La parte actora impugnó a efectos probatorios los documentos 3 y 4 del ramo de prueba de la demandada, y en los mismos términos la demandada el documento 12 de los aportados por la trabajadora".

E) La indefensión alegada solamente podría producirse a efectos de recurso contra la sentencia, lo que no es atendible porque el TSJ no puede revisar el contenido de la prueba de interrogatorio de partes: no es un medio probatorio que permita la revisión fáctica suplicacional. Y el alegato de que no ha podido preparar adecuadamente su recurso debiera haberse acompañado de alguna indicación concreta habida cuenta de que no cabe operar con automatismos en materia de nulidad de actuaciones, sea cual sea el cauce seguido para instarla.

F) La sentencia recurrida, a su vez, lo que hace es aplicar la doctrina constitucional expuesta y constatar que la innegable infracción de garantías procesales no es de tal entidad que genere indefensión a la hora de formalizar el recurso de suplicación, como viene afirmando la trabajadora. Al final de su Fundamento de Derecho Segundo manifiesta que "la parte recurrente no explica ni razona la indefensión que se le ha producido, desconociendo este Tribunal *ad quem* en qué medida la irregularidad procesal denunciada (falta de grabación del acto de juicio oral por razones técnicas) le puede generar un perjuicio real y efectivo por lo que el motivo de nulidad debe fracasar".

G) Dicha ausencia de aportación de argumentos concretos de los que pueda desprenderse la indefensión reclamada es trasladable al escrito mediante el que se ha interpuesto el recurso de casación unificadora.

Dicho queda que el recordatorio de los documentos impugnados es innecesario porque los especifica la propia sentencia del Juzgado de lo Social; que la prueba testifical es inhábil para articular el recurso de suplicación; que la abundante prueba documental, sin perjuicio de valorar (con la intermediación exclusiva del órgano de instancia) la testifical practicada, es la esencialmente utilizada para elaborar los Hechos probados; que no existe un alegato concreto de perjuicios, más allá del objetivo e innegable de la propia ausencia de grabación del juicio.

H) En suma: la recurrente en suplicación consideró existente una anomalía procesal generadora de automática indefensión, sin alegar o razonar el porqué de ello y la sentencia de suplicación descartó el acierto de esa conclusión. Por todo ello, en concordancia con el Informe de Fiscalía, consideramos acertada tal respuesta del Tribunal de segundo grado.

### 3. Desestimación.

Por las consideraciones y argumentos que preceden, debemos desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

Tanto la ausencia de personación (y eventual impugnación del recurso) de la Administración empleadora cuanto la identidad de quien recurre abocan a que no debamos imponer las costas a la recurrente, pese al fracaso de su reclamación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª Soledad, representada y defendida por el Letrado Sr. Sánchez Cholbi.

2.º) Confirmar y declarar firme la sentencia 1393/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 17 de julio, en el recurso de suplicación n.º 50/2019, interpuesto frente a la sentencia n.º 322/2016 de 30 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Melilla, en los autos n.º 241/2016, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Ciudad Autónoma de Melilla, sobre despido.

3.º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, depósitos o consignaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.