



Roj: **STS 4320/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:4320**

Id Cendoj: **28079140012019100824**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2019**

Nº de Recurso: **1849/2017**

Nº de Resolución: **845/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3319/2017,**
STS 4320/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1849/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 845/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 5 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador D. Eliseo , representado y asistido por el letrado D. Jesús María Longobardo Ojalvo, contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 82/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en autos nº 220/2016, seguidos a instancia de referido trabajador ahora recurrente contra la empresa Hervian, S.L.

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Hervian, S.L., representada y asistida por el letrado Don Luis Alberto Prieto Martín.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de diciembre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda interpuesta por DON Eliseo frente a la empresa HERVIAN SL, declaro la improcedencia del despido efectuado el día 03.02.2016, y por tanto, condeno



a la empresa a optar, entre readmitir al trabajador con las mismas circunstancias que tenía previas al despido y abono de los salarios devengados, o bien, a abonar 11.765,31 euros en concepto de indemnización.

Se advierte a la demandada que la opción debe efectuarla, mediante escrito o por comparecencia ante la oficina del juzgado dentro de los CINCO DÍAS siguientes hábiles a la fecha de notificación de sentencia, y que caso de no hacer manifestación alguna, se entenderá realizada a favor de la readmisión".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El demandante DON Eliseo con DNI n° NUM000 ha prestado servicios para la empresa HERVIAN SL, durante el periodo 21.12.2009 hasta 03.02.2016 con categoría profesional de Conductor mecánico y percibiendo un salario bruto mensual de 1.559,31 euros.- La relación laboral se inició mediante un contrato de trabajo temporal que el 20.09.2010 se convirtió en indefinido.- (Folios n° 80 a 93, 137, 146 a 166 de autos).

SEGUNDO.- La empresa con efectos del 03.02.2016 remite al trabajador carta de despido disciplinario de igual fecha, alegando los hechos que en la misma constan referidos de forma resumida a:

- Avisar a las 13.00 horas, el 24 de diciembre cuando debía personarse a las 14:00 h en el cliente Logifrió con sede en Leganés para cargar un camión....con destino a Barcelona, manifestando que no se encuentra bien.....sin apenas tiempo material a un

compañero suyo D Gumersindo a efectos realizara la tarea de inicio a usted encomendada con el consiguiente perjuicio organizativo.....

- de igual modo conoce perfectamente las órdenes de estar en su puesto a las 17:00 h para.....Sin embargo el pasado 28 de enero de 2016 se presentó a su puesto de trabajo a las 18:00 h por lo que su compañero D Ignacio tuvo que suplir su actividad y a las 17:00 h se vio en la necesidad de cargar el vehículo, colocar correctamente los separadores, cenar el frigorífico y sacarlo del muelle de carga para que el cliente, la mercantil Logifrió no se percatara de la situación.....

- de igual modo contraviniendo las instrucciones de incorporarse a las 17:00 h el pasado 29 de enero de 2016 se personó a las 18:25 h- sin -causa justificativa alguna por lo que un compañero suyo D Gumersindo tuvo que practicar las tareas a usted encomendadas, dejando desatendidas sus propias funciones, con el consiguiente desequilibrio.....

.....tiene expresas instrucciones por parte de sus superiores de repostar el vehículo antes de terminar el servicio si bien el pasado 26 de enero de 2016, desobedeciendono repostó el vehículo matrícula- NPB , con el que regresaba, alegando que no encontraba la tarjeta de gasoil, cuando usted como el resto de conductores tiene pleno conocimiento del lugar donde se depositan las tarjetas de todos los vehículos de la empresa

- Por otro lado, el 25 de enero de 2016 recibimos llamada de nuestro cliente la mercantil Logifrió y nos comenta que le ha pillado orinando dentro de sus instalaciones y junto a un camión de su propiedad, no siendo ésta la vez que sucede. Actuación.....ha acarreado un grave daño a la imagen de nuestra empresa

- asimismo son reiteradas las quejas de Logifrió en el sentido de que usted acude a la referida mercantil sin las preceptivas botas de seguridad y sin la indumentariay que le identifica como trabajador de Hervian SL, a pesar de las instrucción de la empresa.....hagan uso de la indumentaria laboral.....

- Carta que califica la infracciones de muy graves indicando que se hallan tipificadas en el convenio colectivo en el art 51. A.3 y A.5, así como art 44 del II Acuerdo Laboral general para las empresas de transporte de mercancías por carretera y que en la misma fecha se procede a hacer entrega de la carta a la representación legal de los trabajadores conforme al art 64.4 ET.- (Folios n° 94 a 100,, 138 a 142 de autos).

TERCERO.- Las partes se rigen por el convenio colectivo de Transportes de mercancías por carretera de Murcia publicado en boletín Oficial de 23.10.2013 y por el II Acuerdo Laboral general del sector (BOE 29.03.2012).

(Folios n° 101 a 135, 137 y 167 a 195).

CUARTO.- El demandante el 24.12.2015 acudió al Centro de Salud de Torrijos, servicio de salud dependiente de Castilla-La Mancha sin que en el mismo figure la hora de la comparecencia, figurando como motivo de la consulta "JD Ciática, reposo 48-72 h control por su MAP".

El demandante aporta partes de incapacidad temporal por contingencias comunes, de fecha 28.12.2015 con alta el 15.01.2016.

(Folios n° 143 a 145 de autos).



QUINTO.- El 25 de enero de 2016 el demandante fue sorprendido orinando dentro de las instalaciones del cliente Logifrío, siendo llamado al orden por personal de esta empresa; hecho que fue presenciado por otro trabajador (Ignacio) de la demandada.

Próximo a la sede de la empresa cliente existen servicios a unos 40 metros aproximadamente de distancia.

El encargado de Logifrío llamo al departamento de Logística de la empresa comunicando que el demandante había orinado en uno de sus camiones y que no llevaba ni chaleco identificativo ni las botas de seguridad; hechos estos que dijeron lo efectuaba en reiteradas ocasiones, y que no querían que el demandante volviera por su sede.

(Folio nº 99 y Testifical de D Ignacio , conductor que efectúa el reparto de la empresa en Madrid y de D Ovidio -encargado de Lógica- practicada a instancia de la demandada).

SEXTO.- La empresa había dado órdenes a los conductores de llevar el uniforme identificativo de la empresa, chaleco reflectante y botas de seguridad, el demandante en numerosas ocasiones no los usaba, alegando incomodidad.

En noviembre de 2015 el empresario expresamente les comunico a los conductores que tenían que cumplir como normas de seguridad dichas órdenes.

En la empresa es obligación de los conductores dejar el vehículo repostado, el 26 de enero de 2016 el demandante no lo efectuó, omisión que también ocurrió en otros días.

(Testifical de D Ignacio , conductor que efectúa el reparto de la empresa en Madrid y de D Ovidio -encargado de Lógica- practicada a instancia de la demandada).

SÉPTIMO.- El horario de entrada del demandante es a las 17.00 horas, el día 28 de enero de

2016 llegó a las 18:00h y otro conductor de la empresa D Ignacio tuvo que efectuar el trabajo del actor, que le fue abonado por la empresa a éste como hora extraordinaria.

Igualmente el 29 de enero de 2016 el demandante llegó con retraso a su puesto de trabajo. (Testifical de D Ignacio practicada a instancia de la demandada).

OCTAVO.- El día 23 de diciembre 2015 desde el departamento de logística de la empresa avisaron al demandante para que acudiera el siguiente 24 a las 14 horas, por tratarse de día festivo y porque la empresa cerraba; el mismo 24 el demandante llamó a la empresa casi sin antelación manifestando que no podía acudir, y posteriormente no llevo el justificante correspondiente.

La empresa llamo a otro trabajador para que cubriera la ausencia del demandante, quedando ese día un servicio sin prestar.

(Testifical de D. Ovidio -encargado de logística- practicada a instancia de la empresa)

NOVENO.- El demandante presentó papeleta en solicitud de conciliación el día 15-02-2016, celebrándose el intento conciliatorio previo el 03-03-2016 con el resultado de "Sin avenencia".

(Folio nº 15).

DÉCIMO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de miembro de comité de empresa ni de delegado sindical".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación legal de la empresa Hervial, S.L., se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de la empresa HERVÍAN SL, contra la sentencia de 1 diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en autos nº 220/2016, promovidos contra la recurrente por DON Eliseo , que revocamos, con la consecuente desestimación de la demanda rectora del procedimiento. Sin costas".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la representación legal de D. Eliseo , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 11 de abril de 2013 (rec. 431/2013).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso improcedente. Se señaló para la votación y fallo el día 5 de diciembre de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si, en el proceso por despido, la alegación en el acto de juicio de que se declare la improcedencia del despido por falta de tramitación del expediente contradictorio constituye una modificación sustancial de la demanda, que impide ser analizado por el juzgador de instancia.

A tal fin se ha presentado por la parte demandante el citado recurso en el que se invoca como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 11 de abril de 2013, r. 431/2013, y se citan como preceptos legales infringidos los artículos 85 de la LRJS y art. 218.1 de la LEC, así como el art. 45.1 del II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera y el art. 52 del Convenio Colectivo del sector en la región de Murcia, en relación con el art. 64 del ET.

2.- Impugnación del recurso.

La parte demandada recurrida ha impugnado el recurso, oponiéndose a lo consignado en el escrito de formalización del mismo, al considerar que no existe contradicción entre las sentencias comparadas, lo que obligaría a desestimar el recurso. Además, entiende que la sentencia debe ser confirmada ya que, de lo contrario, se le estaría ocasionando indefensión y lo pretendido por la parte actora generaría una inseguridad jurídica cuando resulta que en la papeleta de conciliación no interesó la improcedencia del despido por no instruirse el expediente contradictorio, sino que negaba los hechos recogidos en la carta de despido. Del mismo modo, omitió esa pretensión en el escrito de demanda, interesando la improcedencia del despido por no ser ciertos los hechos objeto de la carta de despido. Y esa indefensión se ocasiona, a su juicio, desde el momento en que acude al acto de juicio con los medios de prueba necesarios para desvirtuar lo alegado en demanda y sobre lo que discrepaba -como era el salario y la realidad de la causa del despido-. Se pone de manifiesto que al alegarse por la parte actora la inexistencia de expediente contradictorio, la demandada ignoraba la realidad o no de dicho extremo ni pudo presentar en ese momento prueba alguna. La decisión del juzgador de instancia y la sentencia recurrida es ajustada a derecho y lo contrario supondría infracción del art. 80.1 de la LRJS y las propias normas que la parte invoca para apoyar su motivo. Además, menciona el alcance del art. 110.4 de la LRJS que no pudo tan siquiera valorar si, finalmente, ese defecto que se denuncia fuese así. A todo ello, añade que, en fase de recurso de suplicación, aportó documental por la vía del art. 233 de la LRJS, para dejar constancia de que aquel requisito sí que se había cumplió, aunque no consta la firma de la parte actora, al negarse a firmarlo, al igual que hizo con la carta de despido.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso es improcedente porque, partiendo de la existencia de contradicción entre las sentencias contrastadas, es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta, citando la STS de 28 de abril de 2016 (rcud 3229/2014)

SEGUNDO. -Sentencia recurrida.

1.- Debate en la instancia.

La demanda de la que trae causa el presente recurso plantea una acción de despido que formula el demandante.

Dado que el tema suscitado en el recurso es netamente procesal, vamos a recoger los datos y hechos probados necesarios que permiten examinar el mismo.

Según los hechos declarados probados de la sentencia, el demandante prestaba servicios para la demandada, como conductor mecánico, siendo objeto de despido disciplinario, con efectos de 3 de febrero de 2016 por hechos ocurridos entre el 24 de diciembre 2015 y el 25 de enero de 2016. La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de Murcia. El demandante presentó papeleta de conciliación y posterior demanda. En ésta, tras señalar los datos de la relación laboral y el contenido de la carta de despido, se dice que no está de acuerdo con las causas alegadas y solicita la nulidad o improcedencia del despido, reclamando unas cantidades por salarios. Respecto de la prueba que le interesa reclama de la empresa la aportación de los recibos de salarios.

Admitida a trámite la demanda y tras señalarse la fecha para el acto de juicio, en éste se desistió por la parte actora de la reclamación de salarios, al estar ya liquidada, y alegó que la empresa no había abierto expediente contradictorio, entre otras cuestiones ya recogidas en la demanda. La parte demandada se opuso



a que se examinara aquella circunstancia por constituir un hecho nuevo que, además de ser incongruente con lo recogido en la papeleta de conciliación y demanda, le ocasiona indefensión.

El Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, dictó sentencia, en el proceso de despido seguido bajo el núm. 220/2016, el 1 de diciembre de 2016, en la que, en lo relativo al tema que aquí se suscita y tras considerar que en ese caso no puede apreciarse la incongruencia entre papeleta de conciliación y aquel dato por no estar incorporada a las actuaciones la misma, pasa seguidamente a analizar la normativa aplicable al sector en orden a si es exigible la tramitación de un expediente contradictorio cuando se adopte medidas disciplinarias graves o muy graves, considerando que tal requisito previo al despido es obligatorio y concluye declarando la improcedencia del despido.

2. Debate en suplicación.

La parte demanda interpuso recurso de suplicación en el que insiste en lo que alegó en el acto de juicio, acerca de la indefensión de la cuestión nueva suscitada por la parte demandante en aquel momento procesal. Además, y con base en el art. 233 de la LRJS aportó la papeleta de conciliación y el expediente contradictorio. Termina suplicando que se dicte sentencia que declare la nulidad de la de instancia para que se dicte otra que resuelva sobre las causas del despido, sin entrar a analizar si hubo expediente disciplinario o no, o, subsidiariamente, para que se declare la nulidad hasta el momento de finalización del acto de juicio para que se pueda aportar como diligencia final los documentos relativos al expediente contradictorio y la papeleta de conciliación o, de manera subsidiaria y por economía procesal, se declare procedente el despido al haberse acreditado los hechos constitutivos del despido.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid dictó sentencia el 21 de marzo de 2017, en el recurso de suplicación 82/2017, en la que estima el recurso y, revocando la sentencia de instancia, desestima la demanda.

La Sala de suplicación, en lo que ahora es objeto del recurso, con cita de las SSTs de 30 de abril de 2014, rcud 213/2013, 16 de febrero de 2016, rcud 2938/2014, considera que la alegación en el acto de juicio de que se declare la improcedencia del despido por falta de instrucción del expediente contradictorio es una cuestión nueva que modifica diametralmente la oposición a la demanda y la propia argumentación de la sentencia de instancia en orden a esa instrucción y que, al no haberse recogido en el escrito rector del procedimiento, deben tenerse por no puestas. Por ello, declara la nulidad de la sentencia de instancia y, a tenor del art. 202 de la LRJS, entrar a conocer de la cuestión relativa a las causas de despido, estimando el recurso, con revocación de la sentencia de instancia y desestimando la demanda.

TERCERO.-Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que 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".

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.

2.- Sentencia de contraste.

La sentencia de contraste resuelve un supuesto en el que la sentencia de instancia, dictada el 11 de julio de 2012, había declarado la improcedencia del despido disciplinario.

En lo que aquí interesa y en vía de recurso de suplicación, la demandada recurrente solicitó la nulidad de la sentencia para que se volviera a dictar sentencia al considerar que el juzgador de instancia había incurrido en incongruencia extra petita al fundar su fallo en algo distinto a lo formulado en la demanda, como es la falta de expediente contradictorio que fue alegado por primera vez por la parte actora en el acto de juicio.

La Sala de suplicación da respuesta a este motivo negando que proceda la nulidad solicitada porque, con cita de la STS de 15 de noviembre de 2012, consta que el Juez de lo Social, ante esa nueva alegación de la parte actora, dio traslado a la parte demandada que alegó cuestión nueva e indefensión. Según la Sala, no existió indefensión porque la empresa pudo pedir un plazo para aportar el expediente y si no se le hubiera dado o alegado alguna cuestión jurídica en orden a la no aportación que requiriera de valoración podría hablarse de



indefensión y como no procedió en ese sentido y consta que el expediente no lo hizo, esa realidad, admitida no precisa de prueba, La Sala indica que el expediente no lo instruyó al ser claros los hechos. Tampoco admite que existiera variación sustancial de la demanda del art. 85.1 LRJS

3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

Entre las sentencias contrastadas existe la identidad sustancial que permita apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En efecto, en ambos casos se está cuestionando el alcance de la alegación, en el acto de juicio, de que el despido sea declarado improcedente por no haberse cumplidos los requisitos formalmente exigibles para adoptar la medida disciplinaria. Aunque resulta que en la sentencia recurrida se está bajo la vigencia de la LRJS y en la de contraste bajo la LPL 1995, en las que el art. 104 c) tiene un distinto contenido, lo cierto es que en uno y otro caso, aquel precepto procesal no ha sido valorado en el caso de la sentencia recurrida, de forma que partiendo de los mismos fundamentos que han llevado a los respectivos fallos, nos encontramos con que en ambos se parte de los requisitos generales de la demanda y ello, igualmente, permite apreciar la contradicción en la solución dada en cada caso ante la misma situación procesal.

Tampoco puede negarse la contradicción por el hecho de que, en la sentencia recurrida, al formalizar el recurso de suplicación, la parte recurrente haya aportado al amparo del art. 233 de la LRJS documental, al efecto de dejar constancia de que lo negado por la parte actora no era real, y la sentencia de contraste no hay dato similar. Esta circunstancia resulta irrelevante en este caso en tanto que no se aprecia que la Sala de suplicación diera trámite del art. 233 de la LRJS para poder introducir en la prueba el expediente contradictorio y en este momento procesal no se puede atender a esa documental.

Del mismo modo, la contradicción no podría enervarse por el hecho de que en la sentencia de contraste se haya reconocido expresamente por la parte allí demandada la falta de cumplimiento del requisito ya que, lo que aquí se está suscitando y allí también se denunció por la parte demandada, es si se puede analizar lo que se alegó por primera vez en el acto de juicio y solo en el caso de que se admitiera tal circunstancia, se podría dar a la falta de instrucción del expediente disciplinario el alcance legalmente establecido.

CUARTO.- Motivo del recurso relativo la incongruencia omisiva.

1.- Infracción normativa denunciada.

Como ya se adelantó, la parte recurrente, citan como preceptos legales infringidos los artículos 85 de la LRJS y art. 218.1 de la LEC, así como el art. 45.1 del II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera y el art. 52 del Convenio Colectivo del sector en la región de Murcia, en relación con el art. 64 del ET.

Según dicha parte, dado que el expediente contradictorio es normativamente exigible en este caso para adoptar la medida disciplinaria de despido, la alegación de la falta de instrucción del mismo en el acto de juicio no puede ser calificada como cuestión nueva ni, por ende, altera sustancialmente la demanda. Y ello porque, a su juicio, para que se entienda que existe una alteración sustancial de la demanda ha de tomarse en cuenta el alcance que esa novedad así introducida pueda ocasionar a la parte contraria como forma de preservar su derecho de defensa y en ese sentido se hace eco de la doctrina de esta Sala, recogida en la STS de 9 de noviembre de 1989 y 22 de marzo de 2005. Y, en este caso, a su entender, no puede calificarse de sorpresiva la falta de instrucción de un expediente contradictorio que la empresa está obligada a incoar y que, además, no incide en la pretensión en tanto que la improcedencia del despido fue interesada en la demanda.

2.- Doctrina de la Sala en la materia.

La cuestión planteada en el recurso ha sido resuelta por esta Sala en reiteradas sentencias cuyo criterio debemos mantener y reiterar.

En efecto, la STS de 23 de junio de 2014, rcud 1766/2013, ya negó que en el acto de juicio pudiera solicitarse por primera vez la nulidad del despido, calificando de variación sustancial de la demanda tal forma de proceder de la parte actora amparándose a tal efecto en los arts. 80.1 c) y 85.1 de la LRJS.

Del mismo modo, la STS de 27 de febrero de 2018, rcud 689/2016, resolvió un recurso en el que la cuestión debatida se centraba en determinar si la declaración de improcedencia del despido en razón a la alegación de carencia de un requisito formal, introducida en el acto del juicio oral, constituye una variación sustancial de la demanda", con amparo en los mismos preceptos procesales.

En dicha sentencia se viene a recoger los precedentes pronunciamientos de la Sala en la materia (SSTS 354/2016 de 28 abril (rcud. 3229/2014); 420/2017 de 11 mayo (rec. 191/2016) y 884/2017 de 15 noviembre (rec. 232/2016), diciendo, en esencia y partiendo solo de los arts. 80 y 85 de la LRJS, que "la doctrina



constitucional que respecto a la alteración sustancial de los elementos del juicio (causa petendi y petitum) ha configurado el Tribunal Constitucional, y que comporta como consecuencia que el fallo jurisdiccional debe ajustarse a los términos en que las partes formulan sus pretensiones, adecuación que debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre (SSTC 88/1992 y 280/1993) siendo evidente que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable u otras las consecuencias de la aplicación de la misma, ello no le permite en modo alguno modificar la "causa petendi" y, a través de ella, alterar de oficio, el contenido de la acción ejercitada (SSTC 144/1991 , 166/1993 y 122/1994)"

El debate, además, se hace eco de principios procesales que permiten al órgano judicial resolver las pretensiones planteadas con razonamientos en normas distintas a las que hayan sido alegadas pero siempre que ello no suponga alterar la acción. Así se indica por aquellas sentencias que "Esta congruencia de la resolución judicial es, por otro lado, plenamente compatible con el principio "iura novit curia" que implica que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso.

En efecto, una cosa es que el órgano judicial aplique la norma que proceda o la interpretación correcta de la misma, con independencia de que ambas hayan sido alegadas por la parte y otra bien diferente que, si tras haberse ejercitado una acción con un contenido delimitado y producido una defensa frente a ella, el órgano judicial estimase otra acción u otro contenido diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el "thema decidendi" vulnerando el principio de contradicción en el proceso (STC 224/1994)."

Las anteriores consideraciones llevan a decir que "todas las manifestaciones novedosas hechas en el proceso después de la demanda y la contestación deben tenerse por no formuladas y tienen que quedar fuera del proceso, por cuanto lo contrario supondría dejar en indefensión a la otra parte, a la que se habría privado de la oportunidad de debatir y de defenderse sobre el elemento o variación introducida en el "thema decidendi", vulnerando con ello el principio de contradicción. Así lo ha entendido la propia Sala que ha sostenido que para que pueda apreciarse una variación sustancial de la demanda es preciso que la modificación que se propone, por afectar de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda, introduzca un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible, a su vez, de generar para la parte demandada una situación de indefensión (SSTC de 17 de marzo de 1988 y de 9 de noviembre de 1989).

Más concretamente y en lo que al proceso de despido se refiere, en el que rigen normas especiales en lo relativo al desarrollo del propio acto de juicio, se ha reconocido por la Sala que " se impone la estimación del recurso en pues no tuvo la demandada oportunidad de una contestación formal y en su caso proposición de prueba oportuna, lo cual es causa de indefensión a la demandada. La estimación del motivo se efectúa de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que afirma con apoyo en los arts. 108.1 de la LRJS y art. 55.4 ET que, aunque corresponda al juez la calificación del despido, y tal calificación sea la de improcedencia cuando la empresa no hubiera cumplido los requisitos de forma establecidos en el art. 55.1 ET , ello no le autoriza a aportar de oficio los hechos que sustentarían esta calificación de improcedencia, ni tampoco permitir que tales hechos se aporten de forma extemporánea por las partes, por estar ello vedado por las disposiciones legales y es contrario a la tutela judicial efectiva".

Esta doctrina, además, no debe pasar por alto una expresa exigencia legal clara que no viene más que a recoger lo que hasta la entrada en vigor de la LRJS venía sosteniendo la propia doctrina constitucional y jurisprudencia que se había elaborado en relación con el proceso ordinario laboral -antes expuesta- y que en el proceso especial de despido es de singular significación, ante los distintos pronunciamientos que la valoración del acto extintivo empresarial puede llevar aparejada e incluso sus efectos, ante una misma calificación. Nos referimos a lo que dispone el art. 104 de la LRJS, al regular los requisitos de la demanda por despido, en cuyo apartado c) señala que, además de los requisitos generales que toda demanda laboral debe contener, la de despido deberá expresar "Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso". Singularidad, según la cual, en la demanda deben recogerse las circunstancias relevantes, importantes o decisivas de las que obtener la calificación del despido, ya sea nulo o improcedente. Y dado que la improcedencia del despido no solo puede venir determinada por la falta de acreditación de los hechos imputados en la carta de despido sino, también, por no cumplirse los requisitos formales (art. 108.1 de la LRJS), desde luego que es necesario, ahora por disposición legal, que en la demanda se identifiquen los hechos de los que se quiere obtener la calificación de improcedencia, ya sea por defectos de forma o por no ser ciertos los hechos imputados o justificativos



de la extinción contractual, o por ambos. Además, no debemos olvidar que la sentencia de improcedencia del despido por defectos de forma tiene unos efectos específicos para el empleador, tal y como indica el apartado 4 del art. 110 de la LRJS.

En definitiva, la falta de expresión en la demanda de los elementos que deben llevar a la calificación del despido que se pide en el suplico de la misma, hace que su alegación novedosa en el acto de juicio constituya una cuestión nueva que modifica sustancialmente la demanda por lo que no puede ser admitida.

El hecho de que el Convenio Colectivo imponga la tramitación de un expediente contradictorio no implica que la parte actora pueda alegar en el acto de juicio el incumplimiento de aquella regla convencional ya que, a diferencia de lo que se establece para los representantes legales de los trabajadores, la empresa no está obligada legalmente a aportar el expediente contradictorio al proceso (art. 106.2 LRJS) y por ello, esa alegación novedosa le ocasiona indefensión.

QUINTO.- Las precedentes consideraciones, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, llevan a concluir en que la sentencia recurrida es la que tiene la doctrina correcta, lo que provoca la desestimación del recurso, confirmando la sentencia recurrida. Sin imposición de costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

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

- 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador D. Eliseo , representado y asistido por el letrado D. Jesús María Longobardo Ojalvo.
- 2) Confirmar la sentencia dictada el 21 de marzo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 82/2017, interpuesto por empresa Hervian, S.L., contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en autos nº 220/2016, seguidos a instancia de referido trabajador ahora recurrente contra la empresa Hervian, S.L., por despido, la cual se confirma.
- 3) Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.