



Roj: **STSJ CAT 9133/2016** - ECLI: **ES:TSJCAT:2016:9133**

Id Cendoj: **08019340012016106126**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2016**

Nº de Recurso: **3593/2016**

Nº de Resolución: **7696/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **AMADOR GARCIA ROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG; 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8020699

mm

Recurso de Suplicación: **3593/2016**

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMO, SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. MARÍA TERESA OLIETE NICOLÁS

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARÍA POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMA, SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

ILMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. LUIS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA

ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS



ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

ILMA. SRA. MARÍA MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA

ILMA. SRA. JUANA VERA MARTÍNEZ

ILMA. SRA. MARÍA PILAR MARTÍN ABELLA

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 30 de diciembre de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA núm. 7696/2016**

En el recurso de suplicación interpuesto por Carla frente a la Sentencia del Juzgado Social 11 Barcelona de fecha 23 de febrero de 2016 dictada en el procedimiento nº 450/2015 y siendo recurridos Hospital Clinic i Provincial de Barcelona y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. AMADOR GARCÍA ROS.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 14 de mayo de 2015 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinar, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 23 de febrero de 2016 que contenía el siguiente Fallo;

"Desestimo la demanda interposada per Carla contra l'empresa HOSPITAL CLÍNIC DE BARCELONA i el FOGASA, per la qual cosa absolc totes dues demandades de les peticions deduïdes en contra seva."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"Primer. L'actora acredita una antiguitat de 8-5-2015; la categoría profesional de G04, netejadora, i un salari de 72,83 euros bruts diaris, amb el prorrateig de pagues extraordinàries.

Resulta d'aplicació el Conveni col·lectiu de l'Hospital Clinic per l'any 2014 (conformitat i doc. 1 i 8 de la demandada).

Segon. L'actora ha estat vinculada amb l'empresa demandada des del 4-12-2007 i fins el 8-5-2015, mitjançant la celebració de múltiples contractes de treball de durada determinada en la seva modalitat d'interinitat, sumant un total de 242 contractes de treball, amb la categoría de netejadora, sent la causa dels dits contractes temporals per assumptes propis, dies de conveni, recuperació horaria, incapacitat temporal, vacances, festa optativa de conveni, assumptes propis, absència, permís sindical, malaltia de familiar i boda familiar.

Tots els contractes de treball celebrats fan esment del motiu, l'horari, la categoría i, en el seu cas, de la persona a substituir, sent la seva duració variada des d'un dia, a 2, 3, 10, 11, 26, 30, 57 o 90 dies (doc. 2 a 6 de l'actora i doc. 3 a 8 de la demandada).

Tercer. Durant el període del 28-1-2011 al 8-3-2011 l'actora va percebre la prestació per desocupació, a causa d'extinció, tornant a ser contractada per la demandada el 9-3-2011 (foli 16).

Quart. Amb posterioritat al 8-5-2015 l'actora ha celebrat 31 nous contractes de treball d'interinitat amb la demandada, a partir del 13-5-2015 i fins el 28-1-2016 (doc. 119 de la demandada).

Cinqué. L'actora, en el període en que ha estat vinculada laboralmente a la demandada, ha percebut en nómina durant 20 mesos distribuïts entre els anys 2007 (doc. 3 de l'actora, folis 37 i 40), 2008 (doc. 3 de l'actora, folis 41, 43, 47, 49, 51, 60, 61, 138 i 161), 2009 (doc. 3 de l'actora, folis 189, 211 i 240), 2010 (doc. 3 de l'actora, folis 246, 287 i 304), 2013 (doc. 3 de l'actora, folis 474 i 496) i 2014 (doc. 3 de l'actora, foli 575), el concepte salarial de "horas módulo sustitución día o noche".

Sisé, L'empresa va notificar el dia 8-5-2015 a l'actora l'extinció del seu contracte de treball, per compliment de l'objecte del contracte, amb efectes del 8-5-2015 (foli 36).



Seté. En data de 4-6-2015, es va celebrar el preceptiu i previ acte de conciliació administrativa amb el resultat de sense avinença (foli 23)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó l'Hospital Clínic i Provincial de Barcelona, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Motivos que recoge el recurso;

Frente a la sentencia de instancia que desestima la solicitud de declaración de despido Improcedente, ahora la actora, no conforme con dicha decisión interpone el presente recurso de suplicación por el que solicita tanto la revisión de los hechos probados como del derecho, y lo hace con el fin de que se modifique el hecho probado primero, y se examine el derecho aplicable en cuanto entiende, a través de varios motivos, infringidos los artículos 15.1c) y 3 TRLET, art 4 y 9.3 RD 2720/98, así como la doctrina contenida en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2015 (Rcud. 2349/2014). Y todo ello, para conseguir que se declare la improcedencia del despido y se condene a la empresa a las consecuencias legales que correspondan.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal del Hospital Clínic.

SEGUNDO.- Revisión de los hechos probados:

Propone la recurrente la alteración del hecho probado primero con el objeto de que se le de la redacción siguiente; "La actora acredita una antigüedad de 4.12.2007; la categoría profesional de g04, limpiadora, y un salario de 72,83 euros brutos diarios, con el prorrateo de pagas extras". Para ello ofrece los documentos obrantes a los folios 45-49, 50,54 y los folios 57,58 y 59.

Se opone la impugnante, por entender que no concurren los requisitos para la revisión.

Sin duda alguna se puede constatar que existe un claro error material al confundirse la fecha de la extinción de su contrato (08/05/2015) con la antigüedad que debería reconocérsele a la actora. Sin embargo, el motivo tal y como lo solicita no puede ser estimado, al menos, a través de la revisión de los hechos, puesto que el concepto de antigüedad es un concepto que solo puede ser determinado a partir del correspondiente análisis jurídico, y más aún cuando se debe valorar el efecto que pudo tener para el mantenimiento de la unidad del vínculo el disfrute de un mes y nueve días de desempleo en el año 2011 en relación con los más de 200 contratos que firmó con la demandada desde el 4.12.2007. Por tanto, el lugar para resolver ésta cuestión no puede ser otro que el de la censura jurídica.

TERCERO.- Censura jurídica:

A)-Concreción de las posturas de las partes:

A.1) Alega en esencia la recurrente:

A.1.a) La existencia de fraude en la contratación en cuanto que los contratos que suscribió fueron celebraron para sustituir trabajadores que se hallan en período vacacional, descansos o asuntos propios. Y también, porque considera que realizó "horas módulo sustitución día y noche" que nunca debió hacer en cuanto que se encuentran fuera de las que debía efectuar según los contratos de interinidad que suscribió.

A.1.b) Y en consecuencia entiende que si la contratación fue fraudulenta ello solo puede comportar que los contratos suscritos se entiendan celebrados por tiempo indefinido, y la extinción por finalización de contrato alegada por la empresa, no ajustada a derecho.

A.2) La empresa impugnante por su parte: se opuso a los dos motivos de recurso, pidiendo la confirmación de la resolución recurrida.

B) Razonamientos de la Sala:

B.1- Motivo primero-

B.1.a) Sobre el fraude por contratación en periodo vacacional, descansos o asuntos propios. El motivo ha de ser rechazado. El art. 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, permite la celebración de un contrato de duración determinada - interinidad- "cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución". Esto es, el objeto del contrato de interinidad por sustitución es la cobertura del trabajo dejado de prestar por la ausencia temporal de un trabajador que tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo que



desempeña; por tanto, solamente pueden ser objeto de la referida modalidad contractual aquellas situaciones jurídicas que generan el referido derecho a la reserva del puesto de trabajo.

En este sentido el art- 4.1 del Real Decreto 2720/1998 ha precisado que el derecho a la reserva del puesto de trabajo debe venir determinado "en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, de modo que la causa de la sustitución que da origen a la celebración del contrato no se contrae exclusivamente a las circunstancias suspensivas contempladas en el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores, aunque tales supuestos sean los más frecuentes, sino que también habrá que tomar en consideración aquellas situaciones tipificadas en los convenios colectivos e, incluso, cabe que las reservas de puesto de trabajo pactadas individualmente legitimen la celebración de un contrato de trabajo de interinidad por sustitución.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la corrección del empleo del contrato de interinidad para sustituir a trabajadores que estén de vacaciones entre otras en STSJ Catalunya núm. 14 mayo de 2012 (rec 931/2012), como así también lo han hecho otros tribunales, STSJ Asturias, de 21 noviembre de 2008, (reo. 1774/08); con cita ésta última de la STS de 3 de mayo de 1994; doctrina que es aplicable a los supuestos de asuntos propios o descansos, como resulta de la doctrina de los Tribunales Superiores, por ejemplo: STSJ País Vasco 27 marzo 2001 (rec. 279/01); máxime, cuando no se discute la realidad de la causa, ni la constancia y concreción de la misma en el contrato, ni consta que el trabajador sustituido/a dejara de incorporarse terminada la causa real de sustitución.

En conclusión, inalterado el relato fáctico de la sentencia de instancia, consta el cumplimiento de los requisitos establecidos al indicarse la persona sustituida el motivo de la sustitución y tratarse de personas con derecho a reserva del puesto de trabajo, y sin que tal y como se establece en la sentencia recurrida el artículo 15.1 del TRLET y su desarrollo reglamentario, impidan la concertación con el mismo trabajador de varios contratos seguidos siempre que cada uno de ellos responda a la causa a que obedece la concreta modalidad contractual utilizada y cumpla las demás formas y condiciones legalmente establecidas, (vid. STSJ Catalunya núm. 399/2011 de 21 enero. Rec. 5943/2010, respecto a contratos de interinidad en Hospital Clínic de Barcelona).

B.1.b) Sobre la existencia de fraude de ley por realización de "horas módulo sustitución día y noche", realizadas por la trabajadora que se encuentra fuera de los contratos de interinidad suscritos por las partes. La sentencia recurrida considera que dichas horas se realizan de forma esporádica, excepcional y dispersa en algunos años de la cadena contractual, sin que ello evidencie una conducta fraudulenta; solución que comparte la Sala, puesto que ni se pide la revisión de hechos probados ni se cuestiona la premisa táctica de la que parte la resolución recurrida

En definitiva, tal irregularidad, de existir, no viciaría los contratos temporales en su totalidad, y no consta que la misma tenga un peso comparativamente con la totalidad de contratos que revele un ánimo fraudulento que haya de comunicarse a la totalidad de los contratos (242) celebrados.

B.2) -Motivo segundo;- Sobre la infracción de la doctrina contenida en la STS 01/07/2015 (Recud. 2349/2014), que considera aplicable al caso, con la consecuencia de que se trataría de una relación laboral indefinida -por fraude-desde el inicio, señalando que: "la interinidad que se alega como causa en cada contrato no puede justificar la reiteración de los mismos con una vocación de permanencia o indefinición en el tiempo no tanto por la falta de cumplimiento de dicha causa como por la reiteración de situaciones idénticas sin solución de continuidad que no se compadece con la propia naturaleza de esa clase de contratos, por más que pueda sostenerse que cada uno de ellos es independiente tanto del que le antecede como del que le sigue porque corresponden a convocatorias diferentes aunque sucesivas y cíclicas en tanto en cuanto las examinadas son anuales, porque de ello se sigue que la ininterrumpida contratación del mismo trabajador en la misma actividad y con el mismo objeto es algo que no se ajusta finalmente al espíritu de la interinidad por vacante, que surge "para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva", y aunque no se menciona en el art 15.1.c) del ET, aparece en la norma reglamentaria (el párrafo segundo del n° 1 del art 4 del RD 2720/98, disponiéndose en ésta (n° 2) al aludir al régimen jurídico de los contratos de interinidad en general que "en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica".

Sin embargo, dicha doctrina no es aplicable ni extrapolare al caso de autos, por varias razones. En primer lugar, porque no nos hallamos en un caso de interinidad por cobertura de vacante; sino de interinidad por sustitución; y en segundo lugar, porque a diferencia de tal caso, en el presente no se contrata a la trabajadora con el mismo objeto, sino que la causa de sustitución, como consta en hechos probados, es variable en dichos contratos, por lo que no es aplicable dicha doctrina al caso concreto de autos, por más que estuviera siempre en el turno de noche realizando servicios de limpieza, constandingo como consta la existencia real de las causas de sustitución,



con identificación de los trabajadores sustituidos en los contratos y la concreción y claridad de la causa en los mismos.

#### C) Conclusión;

A la vista de los argumentos que nos preceden, y rechazados todos y cada uno de los motivos debemos desestimar el recurso y confirmar el fallo en este punto de la sentencia recurrida.

Ahora bien, la desestimación del mismo haría innecesario que entremos a determinar la antigüedad, pero como ésta es una cuestión relevante en el caso de que entremos a examinar si al supuesto enjuiciado es de aplicación la doctrina del TJUE asunto Diego Porras la misma debe ser resuelta por la Sala, y en este sentido aplicando la doctrina de la unidad del vínculo (portadas la STS de 17.3.2011 (Recud 2732/2011), en cuanto que en un periodo de 7 años, 5 meses, y 4 días, la actora solo estuvo desvinculada con la demandada 1 mes y 9 días, y solo una vez en el año 2011, hay que entender que la antigüedad de la actora a estos efectos sería la de su primer contrato, es decir del 4.12.2007.

CUARTO.- Aplicación a este recurso de la decisión contenida en la sentencia del TJUE de 14.9.2016. asunto "De Diego Porras"

#### A) Antecedentes:

La sentencia de 14.9.2016 del TJUE (asunto G-596/14 -De Diego Porras-) resolvió -cabe recordar- la cuestión prejudicial que en su día le planteó la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en virtud de la cual se le preguntaba: si la Sra, Rocío, en aplicación de la Directiva 1999/70, tendría derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato de interinidad cuando ésta se había producido tras la incorporación de la persona a la que sustituía, y ello a pesar de que nuestro ordenamiento no contempla que el trabajador/a sustituto/a reciba en estos casos ningún tipo de indemnización. La respuesta del Tribunal de la Unión, fue la siguiente

"1-La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "condiciones de trabajo" incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización,"

Una vez que ésta Sala tuvo conocimiento de la decisión del TJUE, enseguida nos preguntamos, si la misma se podría extenderse con carácter general a todos los recursos que ya estuvieren registrados o incluso aquellos que en el futuro se pudieren registrar y en los que la parte actora hubiese impugnado en la instancia la finalización de su contrato temporal a través de la modalidad de despido, pero no hubiere solicitado en el caso de que la finalización fuese ajustada a derecho ningún otro tipo de indemnización ni hubiese exigido la aplicación de la Directiva 1999/70. Pero aunque la respuesta fuere positiva, los problemas se acumulaban, dado que no solo deberíamos encontrar la manera de salvar la prohibición legal que recoge el art. 49.1.G) TRLET para los contratos de interinidad, sino también, llegado el caso, escoger, de las dos posibles que ofrece el ordenamiento, la cuantía de la indemnización que sería de aplicación, y además, todo ello, sin esperar a que la Directiva 1999/70 fuese correctamente traspuesta a nuestro derecho interno.

#### B) Las dudas aplicativas sobre la STJUE "De Diego Porras".

Así, la problemática de índole sustantiva es múltiple y variada.

En primer lugar, cabría preguntarse cómo y de qué manera se debería aplicar por los tribunales españoles, el pronunciamiento comunitario citado. En efecto, podría considerarse que al, tratarse de una Directiva, rige el ordinario efecto vertical, precisando de norma estatal de transposición, salvo que una de las partes sea una Administración; mientras que en el caso de pleitos interprivatus el papel de los tribunales españoles no puede ser otro que el de la interpretación conforme y, por tanto, la relectura de la norma nacional en base a la Directiva (SSTJUE 07.04.2006, asunto Adenelerotros, 05.10.2014, asunto Pfeiffer, etc.). Pero ocurre que esa interpretación conforme resulta imposible si, como ocurre en nuestro caso con el art 49.1 c) TRLET -



en relación al 53 de la misma norma-, la ley española es claramente contraria con la cláusula 4 del Acuerdo marco en materia de contratación temporal, lo que conllevaría la primacía aplicativa de la ley española (SSTJUE 24.01.2012, asunto Domínguez, 15.01.2014, asunto Association de Mediata Sociale, etc), sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial del Estado por defectuosa transposición. Pero frente a esa hermenéutica cabe otra alternativa: la que entendería que la sentencia de Carlos se cohonestaba con los principios de derecho comunitario y, en forma más concreta, con el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión -el principio de igualdad y no discriminación-, en forma tal que de ser así sí podríamos inaplicar la norma estatal (SSTJUE 19.01.2010, asunto asunto Küçükdeveci, 20.03-2003, asunto Kutz-Bauer, 22.11.2005, asunto Mangold, 14.04.2016, asunto Gdansk Industri, etc). Y ello máxime cuando en la STJUE 13.05.2015, asunto Todorova, se afirma que; "los principios de no discriminación y de igualdad de trato, de los que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco constituye una aplicación, son principios generales del ordenamiento jurídico de la Unión".

En segundo lugar, emergen obvias dudas en relación a si la indemnización comparable es la prevista para una extinción del artículo 53 TRLET -veinte días por año de antigüedad- o por el contrario el término de comparación, como se ha mantenido por algunos sectores, es del art. 49.1 c) TELET -doce días-.

Por otra parte, si se opta por tomar como referencia de comparación el artículo 53 ET emerge la cuestión relativa a si la STJUE referida extiende los efectos de no discriminación únicamente a la indemnización contemplada en el art 53.b) TRLET o si lo hace también al resto de previsiones formales allí establecidas; por tanto, al preaviso de la letra c) -aunque el plazo allí establecido es idéntico al del art. 49.1 c), siempre que el contrato haya tenido una duración superior al año-, a la necesidad o no de comunicación escrita con expresión de causa (letra a) y, en especial, a la simultaneidad entre la comunicación extintiva y la puesta a disposición de la indemnización pertinente.

Asimismo, emerge otra cuestión sustantiva, como es la derivada de si el juicio de igualdad requiere siempre la concreción de un trabajador fijo equiparable, en el supuesto -como ocurre en nuestro marco normativo- que la desigualdad reside en la propia ley sustantiva, en relación a la cláusula 3.2 de la Directiva 1999/70-

También cabe preguntarse a qué contratos temporales afecta la doctrina de Carlos en nuestro ordenamiento, tanto por lo que hace al ámbito temporal -contratos anteriores o posteriores al pronunciamiento-, subjetivo -inclusión o no de Administraciones públicas, ETT, etc.- y material -tipología contractual-. En todo caso, es éste un aspecto ajeno a la presente litis, puesto que tanto la STJUE referida como el supuesto de hecho en el presente recurso deriva de un contrato temporal por sustitución.

Incluso se abordó en el debate de la Sala si en el presente caso, más que la doctrina sentada en la sentencia de Carlos, no resultaba más preciso acudir a los coetáneos pronunciamientos Pérez López (asuntos C-16/15) y Martínez Andrés (asuntos acumulados C-184/15 y 197/15).

Y entrando ahora en el terreno meramente procesal cabrá indicar las evidentes dudas que comporta la modalidad procesal que debe seguirse en estos casos, al ser posible articular la acción como una demanda por despido (máxime si se llega a la conclusión de la plena aplicación del art. 53 TRLET, en los términos antes referidos), como una reclamación de cantidad -lo que conlleva el debate anexo de la posible acumulación entre ésta acción y la anterior- o de tutela de derechos fundamentales -al operar una desigualdad en el contenido de la ley-, a lo que cabrá añadir la cuestión relativa al "dies a quo" del plazo de prescripción.

C) La posibilidad de estimar de oficio la indemnización derivada de la doctrina de Carlos .

En este sentido nos preguntábamos si podría ser congruente la sentencia que pudiéramos dictar cuando ninguna de las dos partes planteó ésta cuestión en la instancia, ni posteriormente en el recurso, ni tampoco reclamó ningún otro tipo de indemnización alternativa para el caso de que la finalización de su contrato fuese declarada ajustada a derecho. En esa tesitura optamos por trasladar a las partes nuestra incertidumbre para que aportaran al proceso sus respectivas opiniones.

Es cierto que ni la vigente LRJS -ni tampoco los textos procesales anteriores- contienen referencia alguna a este respecto. Pero también lo es que la doctrina constitucional sí ha venido apuntando en varios pronunciamientos que, aunque sería preferible "lege ferenda" una regulación específica, parece aconsejable el trámite de audiencia en aquellos supuestos en los que se introduzcan por el tribunal "ad quem" aspectos ajenos al recurso y a la impugnación, al afectarse en caso contrario al principio de confianza legítima, con posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Se afirma así en la STC 53/2005, de 14 de marzo; "no dando audiencia siquiera a las partes, sufre la confianza legítima generada por los términos en que fue conformada la realidad jurídica en el proceso, que no puede desconocerse por los órganos judiciales (mutatis mutandi, STC 58/2000, de 28 de febrero, FFJJ 4 y 5). Como dice el Ministerio Fiscal, en suma, la falta de audiencia se convierte en una actuación lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), que puede y debe ser



evitada habilitando la Sala el oportuno trámite procesal, a fin de que las partes puedan pronunciarse sobre la cuestión que el propio Tribunal considera decisiva en la resolución del caso". Una lógica similar se aplicó también en su momento en las SSTC 253/2000, de 31 de octubre y 4/2006, de 16 de enero.

A la vista de todos estos interrogantes, y en la búsqueda de la mejor de las soluciones para ambas partes, la Sala también tuvo en cuenta que en su condición de Tribunal comunitario estaba obligada a acatar la decisión interpretativa que sobre ésta cuestión hizo el TJUE, y como jueces comunitarios que somos, debemos garantizar la aplicación del derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares (STJCE de 9 de enero de 1978, asunto Simmenthal núm. 106/77) pudiendo llegado el caso incluso dejar de aplicar la norma que sea contraria al derecho comunitario en virtud de principio de primacía y el de interpretación que de este realicen los órganos judiciales que ostentan dicha facultad. Ahora bien, que se pueda dejar de aplicar una norma nacional contraria al derecho comunitario no conlleva implícita la nulidad de la misma o su anulabilidad, ni tampoco su derogación, esta función corresponde en exclusiva de los legisladores nacionales. Circunstancia ésta que no impide al Juez nacional llegar a considerar si es posible su aplicación directa ni dar una válida respuesta jurídica a las cuestiones que nos hemos planteado, pero que lo pueda hacer no debe llevamos hasta dejar sin contenido alguno los principios en los que se asienta el proceso laboral y los generales que lo completan, tal y como vienen regulados en nuestro ordenamiento (LOPJ (Preámbulo IX) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil), y menos aun cuando como ocurre en este procedimiento, la parte actora nunca se planteó la posibilidad de recibir una indemnización diferente a la del despido, ni de momento ha visto malogrado su posible derecho a recibirla a través de otro proceso.

Por ello, la Sala adoptó dos decisiones; por un lado, se acordó llevar al Pleno Jurisdiccional de la Sala la resolución de este recurso para de esta manera intentar unificar criterios de cara a posteriores sentencias; y por otro, como ya hemos adelantado, se decidió dar traslado a las partes en conflicto para el caso, como finalmente ha sucedido, que la Sala considerase que la extinción del contrato de la actora en los términos que se había producido fue ajustada a derecho, y por tanto, si procedía o no aplicar la Directiva 1999/70 y por consiguiente la doctrina "De Diego Porras" al caso concreto-

D) Alegaciones de las partes hechas ante la Sala;

D.1) La parte recurrente mantiene su pretensión principal en la instancia y en el recurso; esto es, reclama la improcedencia del despido por fraude de ley, entendiendo que el contrato se hizo para la cobertura de necesidades estructurales del Hospital Clínico y no coyunturales. Con carácter subsidiario, si la Sala no aprecia fraude, la recurrente considera aplicable la doctrina "De Diego Porras" y en consecuencia la empresa debería ser condenada a abonarle una indemnización de 10.924,50 euros, basada en un salario de 72,83 y una antigüedad de 04/12/07, a razón de 20 días por año.

D.2) La parte recurrida, considera inaplicable la Doctrina De Diego Porras al caso, por 3 motivos:

- 1) El principio de congruencia, refiere, impediría entrar a aplicar dicha doctrina en un proceso, como el de autos, en que se pide la improcedencia del despido y nada se alega sobre la discriminación por diferencias indemnizatorias de interinos y fijos.
- 2) El procedimiento de despido no sería el adecuado para plantear la acción, pues lo que se da en la doctrina De Diego Porras es una indemnización por válida extinción de la relación laboral.
- 3) Debería entrarse a dilucidar si existe una situación comparable en el caso concreto que genere la vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

E) Sobre la congruencia:

Como la ortodoxia impone corresponde analizar las cuestiones formales que afecta al orden público procesal sobre cualquier otra de fondo que nos pudiéramos plantear, y en este sentido, alegada por la parte recurrida que la Sala debe respetar el principio de congruencia, debemos resolver esta primera cuestión ya que de rechazarse haría innecesario entrar a conocer el resto de las planteadas que se refieren a la posibilidad de aplicar la Directiva 1999/70 de forma directa.

E.1) Doctrina sobre la congruencia en general:

E.1.a) No podemos olvidar que estos autos se han desarrollado bajo la modalidad procesal de despido, que la actora nunca invocó la aplicación de la Directiva 1999/70, ni alegó en relación a los trabajadores con contrato fijo ningún tipo de discriminación, al menos hasta el momento que esta Sala le dio audiencia para que se pronunciase sobre este asunto, y que por consiguiente la única indemnización que reclamó fue la del despido disciplinario por cuanto consideraba que su contrato era indefinido por haber sido celebrado en fraude de ley y su finalización no ajustada a derecho.



E.1.b) El principio de congruencia de las sentencias, como es sabido, está intrínsecamente vinculado con la causa de pedir, o dicho de otra manera, el Juez o Tribunal no puede ni debe resolver sobre cosas distintas a las pedidas por las partes, en aplicación del principio de justicia rogada. Prohibición que otorga a la causa de pedir un componente jurídico relevante que acota las posibilidades que le ofrece al Juzgador el principio "iura novit curia" ( STS Sala 1ª de 7 de octubre de 2002 - rec 923/97, y 18 de julio de 2012 -rec. 169/09-) y que además si se supera puede llegar a ser sancionado incluso con la declaración de nulidad de la sentencia ( art. 218 LEC). No obstante debemos reconocer que a pesar de ello no existe un línea clara que nos sirva para diferenciar el componente jurídico que contiene toda causa de pedir, con la obligación que le impone a los Jueces y Magistrados el principio "iura novit curia", y buena prueba de ello lo tenemos en las sentencias contradictorias que en aplicación de la doctrina Porrás se han ido dictando hasta este momento por Salas de lo Social de otros tantos Tribunales de Justicia y que más adelante tendremos la oportunidad analizar. Pero que no exista una diferenciación clara no puede significar que las partes puedan alterar libremente la causa de pedir, ni mucho menos que se pueda hacer de oficio, pues no puede haber duda alguna que las partes quedan obligadas a asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos y soportar los errores que hubieren cometido, sin que puedan ser subsanados o corregidos por el Juez o Tribunal que conozca del asunto a resolver (SSTS Sala 1ª de SSTS 20-10-04, -rec. 2712/98-, y 18-3-10, - rec. 2621/05-). Pero es que además, tampoco podrá de oficio el Juzgado o el Tribunal introducir ningún tipo de cuestiones nuevas que puedan alterar la causa de pedir. Cualquier cuestión nueva que altere el objeto de la controversia, atenta contra los principios de preclusión e igualdad de las partes en el proceso ( SSTS Sala 1ª de 1 de abril y de 4 de junio de 1994), y de admitirse coloca a la otra parte que la rechaza en una situación indefensión que constitucionalmente ni legalmente está obligada a soportar.

Se podría entonces concluir a la vista de lo que hasta aquí venimos razonando que cualquier cuestión nueva que altere la causa de pedir va en contra del principio de audiencia bilateral y por lo que aquí interesa del de congruencia, y que de concurrir dicha circunstancia siempre se colocaría a la parte que le perjudica en una situación de indefensión. Pero elevar dicha conclusión al rango de categoría sería tanto como no tener en cuenta que la doctrina contenida en las SSTS Sala 1ª de 10 de diciembre de 2013 -rec. 2371/2011, o la de 9 de diciembre de 2010 -rec. 838/10-, o de la Sala 4ª de 28 de junio de 2016 - Recud 218/2015-, 20 de abril de 2016 - recud 228/2015- o la de 16 de febrero de 1993 - recud 1203/1992, entre otras, la matiza indicando que el necesario ajuste entre lo pedido y el fallo de la sentencia ha de ser sustancial, racional y flexible, de tal manera que una sentencia será incongruente si no existe una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición -"petitum"- y los hechos en que se fundamente la pretensión deducida -"causa petendi"-. Ahora bien la correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia no debe llevarnos a considerar que este principio exige un "paralelismo servil" entre el razonamiento de la sentencia y las alegaciones o argumentaciones de las partes ( SSTS Sala 1ª de 27 de marzo, - rec. 2820/2000-, de 13 de mayo, -rec. 752/2001-, o la de 1 de abril de 2016, rec 2700/2013, entre otras), porque de ser así se vería cercenado el principio "iura novit curia", y en consecuencia la obligación de motivar y justificar el fallo. Pero igualmente dicha flexibilidad motivadora nunca podrá ser la causa que justifique alterar ni la causa pedir ni el conjunto de hechos y razones que fundamentan la pretensión, porque estos a diferencia de la obligación de motivar si están integrados en el principio de congruencia.

Por tanto, la congruencia es un principio que no permite a los Jueces y Tribunales, que a instancia de parte o de oficio puedan cambiar la correlación que tiene que existir obligatoriamente entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas contenida en el escrito de demanda o en la contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto, Y por ello se considerará una sentencia será incongruente cuando la relación entre esos dos términos, fallo y pretensiones procesales, quede sustancialmente alterada ( SSTS Sala 1ª 30 de abril de 2012 -rec 652/2008-).

E.2) La congruencia en el proceso laboral:

La jurisprudencia laboral en relación a la aplicación del principio de congruencia aconseja que se haga una interpretación más relajada que la aplicada al proceso civil, consejo que adquiere especial relevancia en el ámbito de las prestaciones de seguridad social, no en otros, donde el juez puede corregir integrando dicha petición con los mínimos previstos en la norma, pues de lo contrario, de ajustarse literalmente al suplico de la demanda, estaría consagrando una renuncia de derechos que el beneficiario no debería soportar ( SSTS de 4 de julio de 1958 (RJ 1958, 2698); 4 de abril de 1961 (RJ 1961, 1419); 23 de Junio de 1972 (RJ 1972, 3575); 16 de octubre de 1985 ( RJ 1985, 5144), 6 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3569); y 16 de febrero de 1993 - Recud 1203/1992-, entre otras).

Sin embargo, esa mayor flexibilidad a la hora de fijar los límites de la congruencia, tiene más que ver con el principio irrenunciabilidad de derechos que con que la sentencia que resuelva el proceso sea congruente con lo pedido en la demanda o solicitado en el juicio. Por ello, en el proceso laboral a diferencia del civil





el Juzgador está obligado integrar la renuncia y su prohibición en el principio de congruencia, pero de tal modo que esa flexibilidad solo puede venir referida a derechos irrenunciables regulados legalmente y formulados procesalmente como contenido de las pretensiones de las partes. Por el contrario si esos derechos, irrenunciables o no, no han tenido formulación procesal y son ajenos al proceso, el juzgador no podrá plantear el problema de su inclusión en el mismo ni ser objeto de su decisión. La mayor flexibilidad que se permite en el proceso laboral no puede llegar hasta la abolición del principio de congruencia.

### E.3) La congruencia versus aplicación sentencia Diego Porras.

En relación con la aplicación de la doctrina Diego Porras existen diversos pronunciamientos judiciales, que han considerado que no se vulnera el principio de congruencia cuando se procede a resolver "ex officio" y en fase de recurso cuestiones que la parte actora no alegó en su demanda, ni en el juicio, ni más tarde en el recurso de suplicación. En este sentido tenemos las SSTSJ País Vasco de 18 octubre 2016 - rec 1872/2016-, de 18 octubre 2016. rec 1690/2016, y rec. 1962/16 y la más reciente, de 22 de noviembre 2016 -rec 2146/16-; las del TSJ de Andalucía -Sede en Málaga- de 16 de noviembre de 2016, rec. 1411, 1515, 1539, y 1750. En cambio ninguna referencia hace al principio de congruencia, por otra parte es lógico, la STSJ de de Madrid de 5.10.16 -rec 246/2014-, dado que es la que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia TJUE de 14.9.2016 y estaba obligada a resolver el recurso en los términos que recogía.

Se puede decir, en resumen, que todas las sentencias dictadas que entran a aplicar la doctrina Diego Porras justifican de un modo u otro que no se vulnera el principio de congruencia sobre la base de los siguientes argumentos;

a) Por ser doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 13 de enero de 2014 -Recud 430/13-, de 14, 15 y 23 de octubre, 25 de noviembre, 4 y 16 de diciembre de 2013 ( Recud. 68, 383, 804, 771, 94, y 3270/ 2103, respectivamente), la de 6 de octubre de 2015 Recud. 2592/14, de 4 de febrero de 2016 - Recud 2638/2015-, a las que habría que añadir las de 24 de junio de 2016 - Recud 217/2013. Todas estas sentencias se han dictado en torno a la extinción de contratos indefinidos no fijos por cobertura de plazas vacantes, en los que la parte actora de una forma u otra reclamaba, a parte de reclamar la indemnización que pudiese corresponderle por despido, el reconocimiento de la relación como tal. Y atendiendo a esa concreta pretensión, la Sala IV, consideró que era de aplicación el art 49.1-c) del TRLET, o incluso fijó una cuantía indemnizatorio "ex novo". De todas formas que así se hiciera no quiere decir que se hiciera bien, como lo refleja los votos particulares que jalonaron la primera sentencia.

La configuración doctrinal que nos precede a pesar de su relevancia en este asunto -aplicación de la sentencia TJUE, y por tanto de la Directiva 1999/70- es muy débil jurídicamente desde nuestro punto de vista y lo es por varias razones: la primera, porque no es extrapolable a ninguno de los supuestos enjuiciados. La Sala IV del TS en los supuestos de comparación intentaba suplir el vacío que dejaba la configuración jurisprudencial -no legal- del contrato "indefinido no fijo" cuando este se extinguía por cobertura de vacante. En cambio, ahora no se trata de completar el ordenamiento jurídico, sino de aplicar una norma comunitaria de derecho derivado (Directiva 1999/70) que no ha sido correctamente traspuesta en nuestro ordenamiento, cuando existe una norma interna que prohíbe recibir a los trabajadores a la finalización de los contratos de interinidad una indemnización igual que la que perciben otros cuando el contrato temporal no tiene esa misma naturaleza. Por tanto, es evidente que este supuesto no puede servir para justificar la salvaguarda del principio de congruencia.

b) Por aplicación de los principios de concentración y celeridad a los que hace referencia el art. 74 LRJS, ya que de no entrar a conocer del asunto, se le obligaría al actor a acudir a un proceso distinto para su determinación. El principio de concentración en el proceso laboral es más exigente que en el proceso civil lo que implica que todas las actuaciones se deban celebrarse en el mismo proceso, pues en definitiva este principio es la consecuencia de la oralidad y el elemento temporal de la inmediación, pero no podemos olvidar que viene referido al acto del juicio, y no a las pretensiones que puedan esgrimir las partes, y exige que este se celebre en unidad de acto. Por consiguiente, la concentración nada tiene que ver con la prohibición de resolver cuestiones que no fueron pedidas ni alegadas por las partes en el juicio, que solo corresponden a la congruencia. La celeridad fue concebida para dar una respuesta ágil y rápida a los conflictos que se plantean ante los Juzgados y Tribunales, es decir para evitar en la medida de lo posible dilaciones indebidas. Pero, cuando en realidad se quiere alterar la "causa petendi", y además esto ocurre en fase de recurso, no estamos ante un problema de concentración o de celeridad, estamos ante una simple cuestión nueva no discutida en juicio, ni propuesta en la instancia que impide a la Sala entrar a conocerla salvo que vulnere el principio de congruencia que cabe recordar es la garantía de que la sentencia solo resolverá aquello que las partes sometieron a consideración del Juzgado o Tribunal.

c) También se alega que "quién pide lo más pide lo menos" ( SSTJ de 14 de junio de 1996 -Recud 3099/1995-; de 31 de octubre de 2003 - rec 17/2002-; 8 de junio de 2005 -Recud 150/2004-; 13 de noviembre de 2007



-Recud 4275/2006-; y de 17 de julio de 2012, -Recud 203/2011-, entre otras), pero si bien puede aceptarse este criterio para explicar porque el Tribunal debe entrar a conocer de estos asuntos, ello solo es viable para los supuestos en los que el ordenamiento ofrezca dos o más posibilidades o no lo prohíba expresamente, pero difícilmente se puede aplicar cuando se trata de determinar qué tipo de indemnización debemos aplicar y no es posible elegir una porque el legislador decidió que la finalización de los contratos de Interinidad no otorgan derecho indemnizatorio alguno. Pero, incluso aunque se pudiese aplicar, al no estar determinado en nuestro ordenamiento la cuantía de la indemnización, y poder elegirse entre dos, aunque por diferente naturaleza y contenido, al menos la parte actora debió de algún modo solicitar, si quiera alternativamente, que se le abonará alguna de las previstas en nuestro ordenamiento, aunque vengan referidas a extinciones de contratos que por su naturaleza o causa de extinción, ninguna relación tienen con la causa de finalización del contrato que trae causas estos autos. Tampoco esta Sala considera como argumento válido para poder entrar a resolver el recurso, el hecho, por otra parte incuestionable, que la actora no pudo reclamar esa indemnización alternativa por cuanto hasta el 14.9.2016 no se había declarado el desajuste existente entre nuestra normativa nacional ( art. 49.1.c) TRLET) y la comunitaria (Directiva 1999/70), pues reconociendo que la corrección de ese desajuste sólo corresponde al poder legislativo como hemos indicado más arriba, en cuanto que la sentencia del TJUE es meramente declarativa y solo se refiere a los contratos de interinidad que vinculan a un trabajador/a con una administración pública, y no al resto de los contratos temporales, la actora pudo, y no lo hizo, solicitar a través de su demanda el abono de una indemnización diferente a la del despido.

No se nos pasa por alto que lo haya hecho en fase del recurso a petición de esta Sala y antes de resolver sobre la aplicación de la doctrina de Diego Porras, pero, tampoco podemos olvidar, que lo fue únicamente para salvaguardar el principio de contradicción y audiencia, ni que la empresa se opuso expresamente recordando a la Sala la obligación que tiene de respetar el principio de congruencia-Oposición que impide a este Tribunal entrar a conocer si la actora tiene derecho a percibir una indemnización alternativa que nuestro ordenamiento no ha previsto y que parece que de acuerdo con la sentencia comunitaria podría tenerlo. Por lo que, difícilmente en este asunto se puede aplicar aquí el criterio de quien pide lo más pide lo menos, entre otras cosas porque no se sabe qué es lo menos, y escoger el Tribunal una de las dos posibles indemnizaciones, aunque sea la más favorable para la parte actora, como lo están haciendo las diversas Sala de lo Social que hemos citado, es tanto como atribuirse una facultad que no le corresponde, ya que una cosa es no aplicar una norma por ser contraria a una norma de derecho comunitario y otra muy diferente crear otra, que por los derroteros que se está yendo trata a los trabajadores con contratos temporales que tienen reconocido expresamente el derecho a percibir una indemnización de forma desigual e injustificada que a los que no lo tienen reconocido, situación está que evidente no es la que quiso crear la decisión del TJUE.

d) De igual forma se ha pretendido justificar la congruencia del fallo acudiendo a la doctrina constitucional contenida en las sentencias núm. 14/1985 y 29/82, o en las sentencias núm. 53/2005 y 56/2007, pero siendo incuestionable como venimos argumentando que el principio de congruencia ha de aplicarse de forma flexible, también lo es que esa flexibilidad no llega hasta el punto de alterar la acción ejercitada ni modificar la causa de pedir, y menos como en nuestro caso donde existe una previa oposición de la parte recurrida y la quiebra que producirla sería aún más evidente por tratarse de un recurso extraordinario como el de suplicación donde las partes no pueden introducir ninguna cuestión nueva ni el Tribunal aceptarla, sin infringir el principio de congruencia.

En este sentido cabría añadir que el denominado "principio de congruencia flexible" no puede ser llevado más allá de la causa de pedir. Por poner un ejemplo similar al presente caso: en principio -más allá del debate sobre la acumulación de acciones- es del todo evidente que un trabajador temporal al fin de su vínculo contractual podrá instar una demanda en la que se postule la improcedencia del despido y el pago de la indemnización de doce días por año del art. 49,1 c) TRLET; obviamente en este supuesto si se desestima la acción de despido pero se estima la de cantidad no existirá incongruencia. Sin embargo, es posible que la demanda se articule únicamente como despido, pero que -en forma directa o indirecta- el impago de la indemnización se vincule con la calificación de dicha extinción. En este supuesto podría lógicamente aplicarse el principio de congruencia flexible. De hecho, ésa es la lógica seguida por el TS -y por esta misma Sala- en aquellos supuestos en los que existió demanda contra las finalizaciones de contratos indefinidos no fijos (primero por amortización de plaza y luego por cobertura de vacante) y, aunque se desestimaba la pretensión de improcedencia se condenaba al pago de la correspondiente indemnización por fin contractual. Y no concurre aquí incongruencia en tanto que, en definitiva, en ese tipo de demandas lo que se estaba postulando no era únicamente la oposición al despido, sino también la calificación del vínculo contractual como indefinido. De ahí que concurriera un nexo lógico entre la pretensión de la demanda y el fallo, que no se separaba sustancialmente de la causa de pedir. Ahora bien, aquello que sí es contrario a la congruencia legalmente exigida es que en una demanda meramente de despido por un fin de un contrato temporal que se imputa como fraudulento el órgano judicial desestime dicha pretensión pero indique que comprobadas las actuaciones se ha observado la inexistencia del pago de la



indemnización del art. 49-1 c) TRLET y condene al empleador a su pago. En ese escenario es del todo evidente que existiría un apartamiento evidente entre la causa de pedir de la demanda y la sentencia» que incurriría, por tanto, en incongruencia. Pues bien, mutatis mutandis, algo equiparable ocurriría si la Sala aplica en el presente caso una indemnización que nadie ha demandado. Cabría reseñar, en este sentido, que la acción de despido no va destinada a obtener una condena al pago de una indemnización, sino a la calificación del acto extintivo, con condena a la empresa a una obligación de hacer (la readmisión, en el caso de nulidad, o al ejercicio de la opción en el supuesto de improcedencia sin inversión de dicha opción) siendo la indemnización un resultado de mera aplicación de la legalidad; de ahí que, como se ha señalado por la doctrina casacional, no existe impedimento para que en trámite de aclaración se modifique un error material en la indemnización, pero sin que se pueda mutar la calificación del despido (portadas: STS UD 18-04.2016-Rec. 1921/2014),

No resulta, por tanto, posible aplicar el principio de congruencia flexible más allá de la causa de pedir, aunque entendida esta en un sentido amplio y flexible. No puede, por tanto, la Sala condenar al pago de una indemnización que nadie ha pedido y que no tiene vínculo directo o indirecto con la pretensión de despido. Una respuesta contraria crearía una grave indefensión a la parte demandada, en tanto que se vería impedida - ni tan siquiera tras el trámite de audiencia conferido- a poder oponer y probar hechos obstativos, excluyentes o impeditivos, entre ellos excepciones materiales (por ejemplo: la prescripción) que sí podría haber articulado en el supuesto de una demanda de cantidad acumulada o que podrá formular, en su caso, en una nueva acción de cantidad.

#### F) Conclusión:

La aplicación de todo lo que hasta aquí hemos dicho y razonado al supuesto enjuiciado en el que la parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porrás, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiese corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiese tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto Diego Porrás contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado.

Vistos los precepto legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de aplicación.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por Carla contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm 11 de Barcelona, de 23/2/2016, autos núm. 450/2015, seguidos a instancia al Hospital Clínic de Barcelona, y en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Rere, n° 47, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el



párrafo anterior), cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancada o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos;

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### VOTO PARTICULAR

a la sentencia dictada en el recurso **3593/2016**, que emite el Magistrado D. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH; al que se adhieren los Magistrados/as Ilmos/as Sres/as JOSÉ DE QUINTANA PELLICER, ANDREU ENFEDAQUE MARCO, LIDIA CASTELL VALLDOSERA, DANIEL BARTOMEUS PLANA, MATILDE ARAGÓ GASSIOT, FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS, FELIPE SOLER FERRER, MARÍA PILAR MARTÍN ABELLA y ASCENSIÓ SOLÉ PUIG.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art 260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso **3593/2016**, por discrepar, con la mayor consideración y respeto» de la opinión de la mayoría de la Sala, y del criterio adoptado por ésta y entender que debió estimarse parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Carla , frente a la sentencia n° 55/2016, dictada el día 23/03/2016 por el Juzgado de lo Social n° 11 de BARCELONA en el procedimiento despido 450/2015; y en consecuencia debió revocarse la misma en parte, y estimarse parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Carla frente al HOSPITAL CLÍNIC DE BARCELONA, condenándose a éste a abonar a la actora la indemnización de 10.924,50 €, confirmándose en el resto de sus pronunciamientos la resolución recurrida.

Las razones de la discrepancia con el voto mayoritario se ciñen sólo a la inaplicación a este caso de la decisión contenida en la sentencia del TJUE de 14.9.2016, asunto "De Diego Porras".

Comparto, por tanto, los razonamientos que se formulan en los fundamentos jurídicos primero a tercero y discrepo exclusivamente de cuanto se razona en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución.

El voto mayoritario inaplica al caso de autos la Doctrina de Diego Porras apelando para ello al principio de congruencia y considera, en síntesis, que la parte actora no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porras, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiese corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiese tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto Diego Porras contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado.

Sin embargo, la propia decisión mayoritaria anticipa los motivos por los que la misma no puede ser compartida, que pueden resumirse en los siguientes:

a) en su día el TS ante el mismo problema resolvió -sin dar audiencia a las partes- conceder indemnización por la válida extinción a indefinidos no fijos por aplicación analógica del art 49.1c) ET, pese a no estar prevista por la ley y no haberlo planteado las partes ( SSTS 13 de enero de 2014 -Recud 430/13-, de 14, 15 y 23 de octubre, 25 de noviembre, 4 y 16 de diciembre de 2013 ( Recud. 68, 383, 804, 771, 94, y 3270/ 2103, respectivamente), la de 6 de octubre de 2015 - Recud. 2592/14, de 4 de febrero de 2016 - Recud 2638/2015-, a las que habría que añadir las de 24 de Junio de 2016 - Recud 217/2013) b) la STSJ Madrid de 8 octubre 2016 resuelve en un caso como el presente -de despido- en que, precisamente se planteó la cuestión prejudicial del caso De Diego Porras, y en que las partes no habían solicitado ningún tipo de indemnización ni alegado discriminación.



- c) la acción de despido comprendería, implícitamente la indemnización por cese, aunque esta sea menor y el cese se declare procedente.
- d) quien puede lo más, puede lo menos
- e) los principios de concentración y celeridad, junto al principio de equivalencia obligan a resolver la cuestión sin reenviar a la trabajadora a un proceso ulterior.

No obstante, la decisión mayoritaria no incide en momento alguno en el principio de efectividad, proyectando su argumentación exclusivamente desde el principio de congruencia, por lo que parece oportuno rebatir tales tesis desde ambas perspectivas, la comunitaria (principio de efectividad) y la constitucional (principio de congruencia).

#### 1) Sobre el principio de efectividad

El principio de efectividad, en general, implica que la regulación procesal que los Estados miembros hagan para garantizar la tutela de los derechos reconocidos en el derecho de la Unión Europea no debe estar articulada de tal manera que haga imposible o dificulte excesivamente en la práctica el ejercicio de tales derechos (STJCE 29 octubre 2009. Caso Pontin, SSTJUE de 3 de julio de 2014, Caso Fiamíngo y otros, C362/13, C363/13 y C407/13, f. 63, y de 26 de noviembre de 2014, caso Mascólo y otros, C22/13, C61/13, C63/13 y C418/13, f. 78, entre otros)

La doctrina del TJUE en su STJUE 14 septiembre 2016, Caso Martínez Andrés (Asuntos C-184/15 y C-197/15, fundamentos 55-64) imponía una reflexión sobre el tema procesal que se ha obviado por completo en la decisión mayoritaria. En este sentido, partiendo de que corresponde al ordenamiento procesal español configurar los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que reconoce la Directiva, las modalidades de aplicación de las normas deben ser conformes a los principios de equivalencia y efectividad. Así las cosas, la inobservancia de la equivalencia y efectividad en el ámbito procesal puede suponer una infracción de la Directiva.

Por esa razón, el TJUE en el Caso Martínez Andrés el TJUE concluye que:

"Lo dispuesto en el Acuerdo marco (...) en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción enmendada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que te confiere el ordenamiento jurídico de la Unión."

La decisión mayoritaria, con la mayor consideración y respeto, incurre en el mismo error que el TJUE señala en el caso Martínez Andrés: pudiendo (y debiendo) aplicar la Directiva al caso concreto en la interpretación que le da el TJUE (art 4bis LOPJ), opta por remitir a la trabajadora a un procedimiento posterior de reclamación de cantidad, lo que claramente dificulta o hace imposible en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico de la UE; o dicho de otra forma, se infringe así el principio de efectividad, imponiéndole a la trabajadora inconvenientes procesales, costes, dilaciones e incluso la posibilidad de prescripción de la acción, en contra todo ello de la interpretación del TJUE.

Además, se obvia por completo lo que dispone el art 123 LRJS:

"Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido..".

Este precepto se cita expresamente por la STSJ Madrid 8 octubre 2016, que da cumplimiento a la Doctrina De Diego Porras en el caso concreto y es un soporte legal que la decisión mayoritaria orilla, acogiéndose -en sus propias palabras, con cita de la doctrina del TS- a un "paralelismo servil" entre el razonamiento de la sentencia y las alegaciones o argumentaciones de las partes (SSTS Sala 1ª de 27 de marzo, -rea. 2820/2000-, de 13 de mayo, -rec. 752/2001-, o la de 1 de abril de 2016, rec 2700/2013, entre otras)

En esta misma línea argumental, no es ocioso recordar que la aplicación del principio de efectividad a las indemnizaciones por extinción válida en los procesos de despido, cuando no se había planteado por las partes ni en instancia ni en suplicación, es cuestión que ya se ha resuelto por nuestro TS, entre otras en la STS 6 octubre 2015 (RCUD 2592/14), que toma por soporte para conceder una indemnización por extinción en un proceso por despido el Auto TJUE de 11 de diciembre de 2014, dictado en el asunto C-86/14, Caso León Medialdea c.



Ayuntamiento de Huétor Vega, en el que se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social número 1 de los de Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CE y en relación con el cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del referido Ayuntamiento.

En este caso, el TS concluye que "Desde la perspectiva que proporciona esa doctrina aparecen plenamente ajustada a la misma la sentencia de 31 de marzo de 2.015 (RJ 2015, 1687) (recurso 2156/2014 ), aclarada por auto de 14 de mayo de 2.015, de conceder al demandante -indefinido no fijo que cesó por cobertura reglamentaria de la vacante- en aquél caso una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el artículo 49.1 c) ET"

La claridad de esta doctrina del TS es tal que no precisa de mayor explicación que la que nos brinda el propio texto de la STS 13 de enero de 2014, RCU 430/2013;

"Cabe no obstante entender que, en los supuestos en el que trabajador impugna un pretendido despido objetivo por alegada nulidad o improcedencia, - en el presente caso la extinción por amortización de la plaza es por causas objetivas, aunque no se entienda necesario acudir a los procedimientos de los arts 51 o 52 ET -, como demuestra la práctica y es dable deducir de las normas sustantivas y procesales aplicables, no es necesario que se tenga que instar expresamente en la demanda la pretensión concreta de una específica indemnización. Si la sentencia declara la procedencia del despido, el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada o a las diferencias -o la declaración de que el demandante hace suya la indemnización percibida- es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia"

En consecuencia, si en la demanda la trabajadora impugnaba expresamente como no ajustada a derecho la extinción de su contrato de trabajo y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma, no cabe ignorar que en esa pretensión se contenía la que pudiera corresponder con cualquier indemnización que tuviese por objeto reparar indemnizatoriamente la extinción del contrato en la forma que la norma determinase, como es el caso, y en la forma que se acaba de razonar."

En conclusión: el principio de efectividad y el de interpretación conforme en nuestro ordenamiento interno suponen que, en principio, en un proceso de despido se pueda conceder una indemnización por cese cuando se aprecie que éste es conforme a derecho y no ha existido fraude de ley o abuso de derecho, pero existe un tratamiento menos favorable en la extinción del trabajador de duración determinada en comparación con el trabajador indefinido. De lo contrario, se estaría obligando al trabajador/a a iniciar un segundo procedimiento, en contra de lo que ha entendido el TJUE en el caso Martínez Andrés y en contra de la doctrina del propio TS. Así lo impone el art 123 LRJS, la doctrina del TJUE y la del TS.

Y como no podía ser de otra manera, así lo han considerado otras Salas en la aún incipiente doctrina sobre la cuestión, como la STSJ Madrid 5 octubre 2015; Rec 246/2014; la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/16 y la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/16; las del TSJ de Andalucía -Sede en Málaga- de 16 de noviembre de 2016, rec. 1411, 1515, 1539, y 1750. En todas ellas, se ha concedido la indemnización por extinción de contratos sea de interinidad, sea de obra y servicio, de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, prevista en el art 53.1b) ET, habiéndose sustanciado en procesos de despido en que se pedía una indemnización por despido improcedente de 33 días por año de servicio del art 53b) ET y en los que se concluye que no hay despido sino válida extinción de la relación laboral de duración determinada por expiración del tiempo convenio o realización de la obra o servicio objeto del contrato. ( art 49.1c) ET)

## 2) Sobre el principio de congruencia

El voto mayoritario resume acertadamente la doctrina sobre la congruencia y su modulación con el principio de congruencia flexible en el proceso laboral, lo que nos exime de incurrir en ociosas reiteraciones.

Sin embargo, una vez más con el mayor respeto y consideración, entendemos que tal doctrina no se aplica correctamente al caso concreto. Nos limitaremos ahora a exponer los argumentos que nos llevan a tal conclusión.

En el proceso laboral juega el principio de congruencia flexible, en cuya virtud, según el TC no es incongruente que el juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario, o que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso: SSTC 12/84, 97/1987, 91/88, 14/1985 y SSTS de mayo de 1988 (RJ 1988/3569)



Sin embargo, este principio de congruencia flexible se limita por el principio de contradicción, de forma que las partes puedan tener siempre la oportunidad de ser oídas respecto de cuestiones sobre las que pueden ser condenadas.

El núcleo argumental de la postura mayoritaria en el caso de autos radica en que "la flexibilidad no llega hasta el punto de alterar la acción ejercitada ni modificar la causa de pedir, y menos como en nuestro caso donde existe una previa oposición de la parte recurrida y la quiebra que produciría sería aún más evidente por tratarse de un recurso extraordinario como el de suplicación donde las partes no pueden introducir ninguna cuestión nueva ni el Tribunal aceptarla, sin infringir el principio de congruencia"

No obstante, dicho argumento adolece de un extremadamente precario soporte jurídico, por cuatro razones:

En primer lugar, se obvia que el art 123 LRJS -que es una norma de derecho necesario- en las acciones de despido objetivo, como la que nos ocupa, impone que se condene al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido. Es obvio que la indemnización que legalmente corresponde en el caso es la de 20 días por año, por imponerlo así la doctrina del TJUE, que no vamos a reiterar, por lo que el voto mayoritario, al considerar incongruente la concesión de la indemnización legalmente establecida se aparta de lo que tal precepto impone.

Esta razón, por sí sola, ya evidencia la inexistencia de incongruencia, por ser la propia ley procesal quien impone en las acciones de despido declarado procedente entrar a resolver las diferencias entre la indemnización recibida y la que legalmente proceda. Pero hay dos razones más, que no podemos orillar.

En segundo lugar, el principio de congruencia no alcanza a proteger a los litigantes de razonamientos jurídicos defectuosos o equivocados. Tampoco se produce indefensión por la circunstancia de que los derechos de las partes sean calificados de una o de otra manera ( STC 97/87, de 10 de junio; F. 3, STC 88/92 de 8 de junio)

En el caso de autos la demanda se formuló por despido y se pidió que se declarase la improcedencia del despido y se condenase a la empresa a las consecuencias legales que correspondan.

Está claro que las consecuencias legales, en caso de declaración de procedencia, son la indemnización por válida extinción en cuantía de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades ( art-49.1c) ET y art 53.1b) ET) por imponerlo así la Doctrina De Diego Porras.

Es igualmente obvio, por la fecha de la demanda y de la sentencia de instancia, ambas anteriores a 14/09/16, que ninguna de la partes planteó en el caso de autos la aplicación de la Doctrina De Diego Porras, pero ello no es más que un razonamiento jurídico equivocado, propiciado sin duda por la normativa nacional contraria a la Directiva, que llevó a la parte a creer, equivocadamente, que entre las consecuencias legales que postulaba no se hallaba la indemnización de 20 días por año.

Partiendo de todo ello, la acción ejercitada sigue siendo la de despido; y la misma, por imperativo del art 123 LRJS, impone al Juez en caso de declaración de procedencia o validez de la extinción contractual, que se condene a las diferencias entre la indemnización recibida y la indemnización legalmente debida.

Por ello, como ha sostenido el TC no incurre en incongruencia el Tribunal que falla acogiendo una de las pretensiones deducidas en juicio (indemnización por despido) y haciendo uso de su libertad de crear la argumentación jurídica que sirviera de fundamento a su resolución, elabora una distinta de la estimada por el Juzgado a quo y de la alegada por las partes, pero respetuosa con el título jurídico en virtud del cual se reclama, por lo que no modifica la causa de pedir, ni por ende la acción ejercitada.( STC 88/92 de 8 de junio. FJ 3)

El art 87.3 LRJS también es claro al respecto: "el juez o tribunal, sin apartarse de las pretensiones y causa de pedir que expresen las partes en la demanda y contestación, podrá someter a las partes para alegaciones durante el juicio cuantas cuestiones deban ser resueltas de oficio o resulten de la fundamentación jurídica aplicable, aun cuando hubiera sido alegado de modo incompleto o incorrecto.

Pues bien, resulta evidente en el caso de autos que la pretensión formulada de declarar la improcedencia del despido y "condenar a la empresa a las consecuencias legales que correspondan" incluye en las consecuencias legales las diferencias indemnizatorias en el caso de declaración de procedencia o válida extinción, por imperativo del art 123 LRJS y del art 53,1b) ET.

No menos claro resulta que la causa de pedir» en tanto que hechos que fundamentan jurídicamente la pretensión no se altera ni un ápice por conceder una indemnización de 20 días por año, puesto que el hecho en que se basa la pretensión es la extinción del contrato, y declarada su procedencia» dicha indemnización es



una consecuencia legal de derecho necesario, por imponerlo así el art 49-1c)y 53.1b) ET en la interpretación que el TJUE les da.

No hay hechos jurídicamente distintos ni títulos Jurídicamente diversos a los invocados en la Instancia porque no hay que hacer ningún juicio de comparación con otros trabajadores fijos comparables del mismo centro de trabajo, ya que el TJUE es paladinamente claro al concluir que lo discriminatorio no es una conducta o un hecho; sino una normativa en concreto: " La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo efe la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier Indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permita la concesión da tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables."

Tan obvio resulta que no hay títulos Jurídicamente diversos a los invocados en la instancia que el voto mayoritario no entra a resolver la excepción de inadecuación de procedimiento, planteada por la demandada en sus alegaciones en el recurso. Si -como parece sostenerse- estamos ante una acción de cantidad derivada de la válida extinción absolutamente distinta a la indemnización legal derivada de despido, no alcanza a comprenderse cómo se considera adecuado el procedimiento de despido y no se resuelve la pretensión de "condena a las consecuencias legales que correspondan", en el sentido que sostenemos.

No se introduce cuestión nueva, porque no hay hechos nuevos ni causa de pedir nueva. En efecto, si lo contrario al Derecho de la UE es la normativa nacional, cae por su propio peso que la cuestión que se debate es exclusivamente jurídica y entra de lleno en el ámbito de aplicación del principio iura novit curia, por lo que lo correcto hubiera sido resolver conforme a las normas aplicables al caso, aún que no fueron ni citadas ni alegadas por las partes, ( art. 1, 7 CC y art. 218-1 LEC).

Como conclusión, y haciendo nuestras las palabras del TS: "si en la demanda la trabajadora impugnaba expresamente como no ajustada a derecho la extinción de su contrato de trabajo y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma, no cabe ignorar que en esa pretensión se contenía la que pudiera corresponder con cualquier indemnización que tuviese por objeto reparar indemnizatoriamente la extinción del contrato en la forma que la norma determinase..."

En tercer lugar, es del todo cierto -como razona la posición mayoritaria- que "en un recurso extraordinario como el de suplicación donde las partes no pueden introducir ninguna cuestión nueva ni el Tribunal aceptarla, sin infringir el principio de congruencia"

Sin embargo, no existe cuestión nueva cuando lo que se hace es aplicar una norma de carácter imperativo, como lo es el art 123 LRJS - En este sentido, conforme a la doctrina del TS:

"El concepto de "cuestión nueva" de diseño jurisprudencial, se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones tácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir, como ya indicaba nuestra sentencia de 17-12-1991 rec. 456/1991, toda "falta de identidad entre las alegaciones de la demanda y del recurso impugnatorio subsiguiente que pueda producir indefensión a la otra parte procesal". En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por éstas en la instancia.

Asilo ha reiterado esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 24-1-1994 (rec. 44/1992), 27-5-1996 (rec. 3892/1995, 20-11-1996 (rec. 912/1996) y 15-1-1997 (rec. 265/1996) y 28-09-2001. (Rec 4847/2000)

Así, en este sentido, el TS ha considerado que no hay cuestión nueva, por ejemplo, por conceder una indemnización por despido recalculada conforme al carácter ordinario de la relación laboral cuando se pidió en base a una relación especial de Alta dirección ( STS de 3 septiembre 2007, RCU 2639/06)

Para concluir, tampoco existe cuestión nueva cuando la parte -como es el caso-pretende la indemnización que legalmente le corresponda en la propia demanda, basándose en la improcedencia del despido, que termina por declararse procedente o válida la extinción del contrato. En estos casos el art 123 LRJS impone la condena al abono de diferencias, por lo que no hay cuestión nueva alguna en lo que la ley prevé como consecuencia legal del pronunciamiento en el procedimiento de despido, cuya adecuación -como dijimos- no se ha planteado la Sala en ningún momento.





En cuarto y último lugar, precisamente porque el principio de congruencia flexible encuentra su límite en los principios de contradicción y de defensa. ( SSTS 20 diciembre 1989, 23 marzo 2005, 29 enero 2001 (Rec 1566/00), etc, etc.), por esa razón la Sala ha considerado en el caso de autos que era más ajustado a tales principios dar audiencia a las partes en el recurso de suplicación para que se pronunciasen sobre la aplicabilidad al caso de la Doctrina de Diego, oportunidad de la que, como ha quedado expuesto, han hecho uso ambas partes.

La Sala es consciente que dicho trámite de alegaciones no está previsto por la LRJS y por ello cabe recordar que el TC ( STC 66/85 de 23 de mayo F.2), no solo autoriza, sino que exige que los órganos judiciales habiliten trámites ahí donde la ley no los contempla, a efectos de salvaguardar los derechos a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión ( SSTC 66/89, f. 12; 27/85, 109/85, 155/88, etc), pues el principio de legalidad procesal ( art 1 LRJS) y el de primacía de la Constitución ( art 9.1 y art-53.1 CE) imponen que la ley procesal se interprete conforme a los derechos fundamentales, y no al contrario, pues interpretar los derechos fundamentales conforme a la ley es Incurrir en un positivismo legalista superado por nuestra Carta Magna.

En conclusión, en atención a lo expuesto considero que los pronunciamientos correctos para resolver el recurso debieron consistir en; ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Carla , frente a la sentencia n° 55/2016, dictada el día 23/03/2016 por el Juzgado de lo Social n° 11 de BARCELONA en el procedimiento despido 450/2015, que revocamos en parte, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Carla frente al HOSPITAL CLINIC DE BARCELONA, condenamos a éste a abonar a la actora la indemnización de 10,924,50 €, confirmando en el resto de sus pronunciamientos la resolución recurrida, y ello sin costas-

Publicación- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la lltmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

La Sentencia núm. 7696/2016 de fecha 30/12/2016, que por fotocopia antecede, concuerda bien y fielmente con su original, al que en caso necesario me remito y que en la actualidad se encuentra en fase de notificación.

Para que así conste y a los efectos de su presentación ante el organismo correspondiente, expido el presente certificado en Barcelona, a 10 de febrero de 2017. Doy fe,

LETRADA DE LA ADM. JUSTICIA