



Roj: **STSJ CAT 1844/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:1844**

Id Cendoj: **08019340012017101375**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2017**

Nº de Recurso: **7013/2016**

Nº de Resolución: **1312/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MARIA PALOS PEÑARROYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8048799

CR

Recurso de Suplicación: 7013/2016

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 20 de febrero de 2017

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

S E N T E N C I A núm. 1312/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Isidoro frente a la Sentencia del Juzgado Social 19 Barcelona de fecha 21 de Julio de 2016 dictada en el procedimiento Demandas nº 1070/2015 y siendo recurrido/a Cofely España, S.A.U.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de Diciembre de 2015 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, 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 21 de Julio de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"**DESESTIMO** la demanda interpuesta por **D. Isidoro (NUM000) frente a COFELY ESPAÑA S.A.U. (CIF A -28368132) en reclamación por DESPIDO** y declaró la procedencia de la extinción del contrato de trabajo del demandante, con efectos 31-10-2015, por finalización de la causa por la que fue concertado. "

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

"**PRIMERO.-** D. Isidoro cuyos demás datos personales figuran en el encabezamiento de la demanda, presta servicios para la demandada con antigüedad reconocida 16-06-2008, categoría profesional Grupo 4 operario



(Mantenimiento) y percibe un salario bruto con prorrata de 1.988,55 euros mensuales (folios 141 a 152- 155 a 166). Ha prestado servicios en la contrata concertada con su empleadora, en las instalaciones deportivas del Ajuntament de Vilanova i la Geltrú. No ha ostentado la representación legal de los trabajadores.

SEGUNDO.- Formalizo su prestación de servicios a través de los siguientes contratos:

- 16-06-2008: Contrato de trabajo suscrito con CLIMATIZACIÓN Y ENERGÍA S.A. (CLIESA, S.A.), de duración determinada, por obra o servicio, consistente en la realización de trabajos de "mantenimiento de las instalaciones de climatización, calefacción, fontanería, electricidad y contra incendios, en las instalaciones deportivas municipales de Vilanova i la Geltrú, vinculado al contrato con el cliente Ayuntamiento de Vilanova, Referencia: M190", contrato que se extinguió en fecha 16-06-2008 (folios 19-20 - 26 a 28).

- 1-08-2009: Contrato de trabajo suscrito con COFELY ESPAÑA, SAU, de duración determinada, por obra o servicio, consistente en "el mantenimiento y conservación de las instalaciones deportivas del Ajuntament de Vilanova i la Geltrú.

TERCERO.- Por carta de 1 de julio de 2009 CLIESA y COFELY comunicaron al demandante que a partir del 1-08-2009 COFELY se subrogaba en las obligaciones contraídas por CLIESA (folio 103):

CUARTO.- CLIESA inició la prestación de servicios de mantenimiento para el Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú en el mes de mayo de 2008 y el 21-07-2009 suscribió contrato para la prestación del servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones deportivas municipales de Vilanova i la Geltrú (folios 21 a 25). El Ayuntamiento suscribió sucesivos acuerdos de prórroga del contrato en fechas 18-01-2012, 5-03-2012., 9.12.2013 y en fecha 9-12-2013 se le comunicó a COFELY la continuidad de la prestación de servicios hasta la adjudicación del nuevo contrato (folios 29 a 31). En fecha 10-12-2013 se le entregó carta al demandante comunicándole que el contrato con el Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú vencía el 31-12-2013 y el cese en la empresa con carácter cautelar, continuando la prestación hasta la adjudicación definitiva (folio 32).

QUINTO.- Por correos electrónicos remitidos por el Técnico director de Instalaciones deportivas y gestión de actividades del Ayuntamiento de Vilanova i Geltrú de 7 y 9 de octubre de 2015 se comunicó a COFELY que en la Junta de Gobierno local de 29-09-2015 fue aprobada la adjudicación del Contrato del Servicio de Mantenimiento y Conservación de las Instalaciones Deportivas Municipales y que la relación contractual que mantenían finalizaba en fecha 31-10-2015, al no haberle sido adjudicado el contrato en el nuevo concurso (folios 33 a 35 - 135 a 139).

SEXTO.- El 14-10-2015 le fue entregada al demandante comunicación de extinción del contrato, con efectos 31-10-2015, fecha en que fue cursada la baja en la seguridad social (folio 13), mediante carta del siguiente tenor (folio 82):

" A los efectos oportunos, mediante la presente carta, denunciamos el contrato por obra o servicio determinado que tiene concertado con esta Sociedad y cuya finalización se produce el próximo 31 de octubre de 2015; fecha en la que Cofely cesa en la prestación del servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones deportivas del AJUNTAMENT DE VILANOVA Y LA GELTRÚ" concluyendo ese día el contrato mercantil en base al cual Vd. fue contratado, por decidirlo y comunicarlo así el referido cliente y al no haber sido Cofely la nueva adjudicataria del servicio de la contrata de mantenimiento; sirviendo la presente carta de comunicación formal de fin de contrato temporal.

Asimismo, le informamos que la nueva adjudicataria del servicio, de la contrata de mantenimiento, es la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES S.A. CIF A-97152094 (Teléfono de contacto en Madrid 918281811 y en Valencia 963310702), la cual ya dispone de sus datos laborales y de los demás trabajadores adscritos a la prestación del referido servicio por hallarse Vdes i. relacionados en el anexo B del Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación y Fulton Servicios Integrales, S.A. tiene transmitido el compromiso en firma (obrante en el punto 1.3., página 33, del Pliego de cláusulas administrativas, de contratar al personal actualmente adscrito a la prestación del referido servicio, de mantenimiento y conservación de las instalaciones deportivas del Ajuntament de Vilanova i la Geltrú.

/.../.

SÉPTIMO.- Junto a la comunicación extintiva se le entregó finiquito, con inclusión de la indemnización por extinción del contrato temporal y demandante hizo constar tanto en la carta como en la liquidación su disconformidad con la extinción (folio 83).

OCTAVO.- El pliego de condiciones del contrato del servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones deportivas municipales de Vilanova i la Geltrú estableció entre los criterios a valorar para la adjudicación, con una puntuación de hasta 15 puntos, el compromiso en firme de contratación de todo el personal adscrito a los servicios que se licitan de acuerdo con las tablas salariales del convenio colectivo del



sector del metal de la provincia de Barcelona- El servicio de mantenimiento del Ayuntamiento fue adjudicado a la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (folios 36 a 62) y en fecha 14-10-2015 COFELY remitió a FULTON por fax la relación de los trabajadores vinculados a la prestación del servicio adjudicado, en relación con el punto 1.3., pag. 33 del Pliego de Cláusulas Administrativas (folios 63 a 81).

NOVENO.- ELYO IBÉRICA SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.A.U era la denominación de la demandada COFELY ESPAÑA SAU hasta que se procedió al cambio en fecha 6-04-2009 (folios 85 a 90). COFELY ESPAÑA, S.A. está integrada por las sociedades GDF SUEZ Energía Services France, S.A. (0,01%) y ENGIE Energy Services International S.A. (folio 140). Absorbió en fecha 27-07-2009 a las sociedades AXIMA SISTEMAS E INSTALACIONES SAU, CRESPO Y BLASCO SAU, EUROPEA DE MANTENIMIENTO Y GESTIÓN SAU y CLIMATIZACIÓN Y ENERGIA SAU (folio 91 a 102).

DÉCIMO.- Es de aplicación a las relaciones laborales en la empresa el Convenio Colectivo de COFELY ESPAÑA, SAU y sus trabajadores 2012 a 2015, (BOE 29-08-2012).

DECIMOPRIMERO.- Ante la comunicación de cese promovió la celebración de acto de conciliación por DESPIDO ante la Secció de Conciliacions Individuals del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat de Catalunya el 23-11-2015, intentándose el preceptivo acto de conciliación el 15-12-2015, que finalizó sin avenencia. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte demandada, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formula el recurrente, D. Isidoro , al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , un único motivo en el que denuncia la infracción del artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con lo preceptuado en los artículos 44 y 49.1.b) y c) de la misma norma sustantiva. Cita también en apoyo de su pretensión las consideraciones que efectúa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2014 sobre las cláusulas abusivas de los contratos para deducir de la misma que una causa autónoma de extinción del contrato no puede reconducirse de modo impropio a otra diversa, máxime cuando contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo y a minorar los derechos de los trabajadores afectados y hace suyas las reflexiones que se contienen en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, en el sentido de que la extinción del contrato de trabajo del actor, tras su prolongada vinculación con la empresa, por causas esencialmente organizativas o productivas de la empleadora como es la extinción de la contrata, debería vincularse a una extinción regulada en los artículos 52.c) o 51 del ET .

Pese a estas reflexiones, la juzgadora de instancia considera válida la extinción del contrato de trabajo del actor ya que ni se tacha de fraudulento el contrato ni se pretende la subrogación por parte de la nueva adjudicataria de los servicios, ni se pone en cuestión que la pérdida de la contrata hubiera operado por decisión de la empleadora de no concurrir al concurso y no por decisión del Ayuntamiento y con base en la doctrina contenida en diversas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 22 de septiembre de 2014 y 9 de febrero de 2016 y de esta Sala de 9 de enero de 2015, concluye que, hallándonos ante un contrato temporal por obra o servicio, cuya licitud no se cuestiona, concertado con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 10/2010, de 16 de junio, la extinción del contrato debe declararse ajustada a derecho en tanto está condicionada su vigencia temporal a la del contrato mercantil de servicios que le sirve de causa, de modo que, finalizado dicho contrato cabe extinguir lícitamente el contrato por cumplimiento de la causa por la que se concertó.

La sentencia del Tribunal Supremo que cita el recurrente, de 8 de julio de 2014 , no contiene doctrina que pueda aplicarse al presente caso por estar enjuiciando un supuesto distinto en el que se trataba de determinar cómo ha de llevarse a cabo la extinción de un contrato de trabajo por amortización de la plaza cuando se trata de trabajadores indefinidos no fijos y las consideraciones que contiene sobre las cláusulas abusivas tampoco son aplicables al caso, pues en dicha sentencia se reputa abusiva aquella cláusula que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí la de la empresa, mientras que en el presente caso la extinción del contrato del trabajador no ha sido iniciativa de su empleadora sino de un tercero.

Invoca también la recurrente la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, la cual establece, en un supuesto de contrato de trabajo de duración determinada en su modalidad de interinidad, que no hay motivo que justifique la diferenciación con los trabajadores indefinidos, puesto que su prestación de servicios se ha prolongado durante, años, realiza las mismas funciones que los indefinidos y porque la trabajadora desconoce cuándo se va a producir su cese, no existiendo motivo para



diferenciar a los trabajadores temporales de los fijos y negarles la indemnización a la que estos tienen derecho en caso de extinción objetiva procedente.

La referida sentencia del TJUE resuelve la cuestión prejudicial que se le había planteado, que no es exactamente la misma que la que se discute en los presentes autos, en estos términos:... 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."

Dicha sentencia es posterior a la de instancia, que es de fecha 21 de julio de 2016. La cuestión de fondo que resuelve la misma, la discriminación entre contratados temporales e indefinidos en el momento de extinguirse sus respectivos contratos de trabajo, no fue alegada en la demanda ni discutida en el acto del juicio, ni abordada en la sentencia, siendo en este trámite del recurso una cuestión nueva.

Sobre este tema se ha pronunciado el Pleno la Sala en reciente sentencia de 30 de diciembre de 2016, recurso nº 3593/2016, en la que se rechazó que pudiera aplicarse de oficio, cuando no fue alegada por las partes en el momento procesal oportuno, la doctrina contenida en dicha sentencia. Se razona en ella lo siguiente:

*"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 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" (SSTS 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 esta 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 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.

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. Cabrá 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 (por todas: 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".

Como conclusión se dice: "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 **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.

Por las razones expuestas el recurso ha de ser desestimado al no haberse producido las infracciones que en el mismo se denuncian.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Isidoro contra la sentencia de 21 de julio de 2016 dictada por el Juzgado de lo social nº 19 de Barcelona en los autos nº 1070/2015, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Cofely España SAU, confirmando la misma.

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 .



Asímismo, 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, 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, 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 bancaria 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.

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