



Roj: **STSJ EXT 1006/2017 - ECLI: ES:TSJEXT:2017:1006**

Id Cendoj: **10037340012017100530**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2017**

Nº de Recurso: **483/2017**

Nº de Resolución: **560/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ALICIA CANO MURILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00560/2017

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

C/PEÑA S/Nº

CÁCERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax: 927 620246

TIPO Y Nº DE RECURSO: SUPPLICACIÓN 483/2017

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA Nº 498/2016 JDO. DE LO SOCIAL nº 2 de BADAJOZ

Recurrente/s: D. Fernando

Abogado/a: D. RODRIGO BRAVO BRAVO

Recurrido/s: EMPRESA UBALSA S.A

Abogado/a: D. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ LARIOS

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D. CASIANO ROJAS POZO

En CÁCERES, a diecinueve de septiembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 560 /17



En el RECURSO SUPPLICACIÓN Nº 483/2017, interpuesto por el Sr. LETRADO D. RODRIGO BRAVO BRAVO, en nombre y representación de D. Fernando , contra la sentencia número 185/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL Nº 2 DE BADAJOZ , en el procedimiento DEMANDA nº 498/2016, seguido a instancia de la Recurrente, frente a la EMPRESA UBALSA S.A, parte representada por el SR. LETRADO D. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ LARIOS, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr. D. CASIANO ROJAS POZO

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Fernando presentó demanda contra la EMPRESA UBALSA S.A, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 185/17 de fecha 4 de abril de 2017 .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados : *PRIMERO.-El demandante Fernando comenzó a prestar servicios laborales para la empresa Ulbasa, S.A., como trabajador fijo discontinuo, con una antigüedad de 7/05/2003, con categoría de Auxiliar y con una salario a efectos de despido de 1.156,08 euros(38,53 euros/día), con inclusión de la parte proporcional de las pagas extra. (Reconocimiento demandada)SEGUNDO.-El trabajador causó baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes el 16/05/2016 continuando en esta situación a fecha 27/03/2017. (f.73 a 76)TERCERO.-Estando de baja el trabajador la empresa ha procedido a su llamamiento percibiendo la prestación por IT. (Reconocimiento de la actora hecho 2º demanda)CUARTO.-La empresa no procedió al llamamiento del trabajador el día 14/07/2016. El trabajador remitió un burofax a la empresa el 21/07/2016 y recibió un escrito el 30/07/2016 con el siguiente contenido: Vd causó baja definitiva en la empresa el día 14 de julio fecha en la que no ha sido llamado para su reincorporación . (f.4)QUINTO.-El actor ha expresado sus disconformidad por la actuación del comité de empresa, y ha presentado quejas a la empresa al margen de la representación legal de los trabajadores.(Testifical Rodolfo)SEXTO.- Fernando no forma parte de ninguna candidatura electoral ya que desde el 2016 hasta la fecha del juicio no se ha producido la convocatoria de elecciones. (Testifical Rodolfo)SÉPTIMO.-El actor no es representante legal de los trabajadores ni consta que sea representante legal de los trabajadores en el año anterior, ni consta su afiliación a sindicato alguno. (No controvertido)OCTAVO.-El preceptivo acto de conciliación ante la UMAC se celebró el 1/08/2016, concluyó intentado sin efecto. (f.5).*

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *ESTIMO parcialmente la demanda sobre DESPIDO formulada por Fernando contra ULBASA, S.A., y, en consecuencia, declaro la improcedencia del despido efectuado el 14/07/2016,y condeno a dicha demandada a que, a su opción, readmita al trabajador despedido en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización de 11.212,23 euros,entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá la readmisión, y al abono de salarios de tramitación en el supuesto de que opte por la readmisión.*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Fernando interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 17 de julio de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - Se somete a nuestra consideración, por la vía del recurso de suplicación, la sentencia nº 185/2017, de fecha 04/05/2017 , dictada por el Juzgado nº 2 de Badajoz, en sus autos de DESPIDO 498/2016, frente a la que se alza la defensa del trabajador en cuanto se niega el análisis de la causa de nulidad del despido por discriminación en situación de incapacidad temporal, al amparo de la doctrina sentada en la STJUE de fecha 1 de diciembre de 2016, en el asunto C-395/15 **Daouidi** (ES), por considerar que la misma no podía ser introducida en el acto del juicio, sino que debió utilizarse la vía de la ampliación de la demanda para evitar la indefensión de la parte contraria para lo cual tuvo tiempo más de cuatro meses (el juicio tuvo lugar el 25/04/2017).

Frente a ello, además de la introducción de tres nuevos hechos probados por la vía del art 193 b LRJS , se esgrime, ex art 193 c), que la sentencia conculca la Directiva 2000/78/CE , en concreto su art 2.2 apartado b) en relación con el art 17 ET y art 108.2 LRJS , así como en relación con la STJUE mencionada, pero antes de entrar



en el análisis de estas vulneraciones dedica tres párrafos a rechazar que la sentencia se niegue al estudio de la nueva causa de nulidad por discriminación, sobre la base de entender que no ha existido una modificación sustancial de la demanda, *por cuanto no se trata de un hecho nuevo, ya que en la demanda se hace constar el estado de incapacidad del actor a la fecha que fue despedido en baja por incapacidad temporal y, además la sentencia dictada por el Tribunal de la Unión Europea no supone ningún hecho nuevo, sino que en todo caso es como si se tratara de una disposición del ordenamiento jurídico que se tiene que aplicar obligatoriamente, es decir como si durante la tramitación del procedimiento se hubiera aprobado una ley que fuera de aplicación a los hechos que se están tratando en el procedimiento, y como en nuestro procedimiento laboral no se exige que las demandas se fundamenten jurídicamente con los correspondientes Fundamentos de Derecho, se tienen que aplicar directamente por el juzgador de instancia, así lo establece el art 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil ...* Termina suplicando se dicte sentencia por la que estimando el presente recurso, devuelva las actuaciones al Juzgado de lo Social nº 2 de Badajoz para que entrando a conocer de la cuestión que no ha sido resuelta en la sentencia se dicte nueva resolución con la libertad de criterio de la juzgadora o, entrando a conocer el fondo del asunto revoque la sentencia recurrida, y declare que el despido es nulo.

La defensa de la empresa, además de cuestionar la modificación fáctica planteada, centra la impugnación del recurso en poner de relieve que el motivo real de impugnación es la negativa de la juzgadora a tratar la cuestión de la nulidad del despido por discriminación al entender que su introducción en el acto del juicio suponía una modificación sustancial de la demanda proscrita por el art 85.1 LRJS y que causaba indefensión a la parte contraria, y sobre este aspecto nuclear tanto de la sentencia como del recurso de suplicación, EL RECURRENTE NO CITA EL PRECEPTO INFRINGIDO, NI EN QUE CONSISTE LA INFRACCIÓN, NI SI HA SIDO POR APLICACIÓN INDEBIDA, INTERPRETACIÓN ERRÓNEA O INAPLICACIÓN, infringiendo, por este defecto, lo previsto en los artículos 193 c) y 196 LRJS (las mayúsculas son del escrito de impugnación) por lo que el recurso debe ser desestimado por esta sola razón, confirmando la sentencia que declara que el actor ha vulnerado el art 85.1 LRJS al hacer una modificación sustancial de la demanda. Y a continuación dedica un gran esfuerzo a demostrar que se produjo la vulneración del art 85.1 y del 80.1 LRJS pues en la sentencia queda muy claro, a su juicio, que *el motivo de considerar que existe una modificación sustancial no es el hecho de que el trabajador estuviera de baja temporal cuando se le despidió, sino que se introduzca por primera vez en el juicio, como motivo nuevo de su pretensión, que el despido ha sido discriminatorio por estar el juzgador en situación de IT de larga duración , como claramente se deduce de lo expresado en el fundamento de derecho tercero (párrafos primero y cuarto), de tal forma que el Juzgador no tiene ninguna duda de que, aunque se citó en la demanda que el actor se encontraba de baja por incapacidad temporal, fue meramente como parte de la narración -del mismo modo que se dice también en la demanda que su categoría profesional es la de auxiliar o que su contrato era de fijo discontinuo...- SIN QUE EN NINGÚN CASO PUEDA DESPRENDERSE DE LA DEMANDA QUE SE INTRODUCÍA ESE HECHO COMO ARGUMENTO QUE PUDIERA JUSTIFICAR LA PETICIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO* (las mayúsculas son del escrito de impugnación). Y en apoyo de su planteamiento transcribe parcialmente varias sentencias, entre ellas la nuestra de 13/03/2017, rec. 151/2017 , que trata, a su juicio, un asunto exactamente igual al que se discute en este procedimiento. Concluye haciendo consideraciones sobre la incapacidad temporal como discapacidad a los efectos de la nulidad del despido, entendiéndolo que no es aplicable a nuestro caso la STJUE de 01/12/2016 ni la del juzgado nº 33 de Barcelona, cuestionando la petición que se hace de reponer los autos al juzgado de lo social para que entre a conocer de la aplicación de la cuestión introducida en el juicio y declarada ilegal por extemporánea, al vulnerarse los artículos 193 a) y 196 LRJS .

SEGUNDO .- Planteado el debate en estos términos, comenzamos rechazando la vulneración por el recurrente de los arts 193 c) y 196 LRJS al no mencionar el precepto legal o doctrina jurisprudencial que considera ha infringido la sentencia de instancia cuando decide no entrar a analizar la nueva causa de pedir la nulidad del despido introducida en el acto del juicio, pues, en aplicación del principio pro actione entendemos suficiente con el argumentario expuesto anteriormente (no ha existido una modificación sustancial de la demanda, por cuanto no se trata de un hecho nuevo, ya que en la demanda se hace constar el estado de incapacidad del actor a la fecha que fue despedido en baja por incapacidad temporal y, además la sentencia dictada por el Tribunal de la Unión Europea no supone ningún hecho nuevo, sino que en todo caso es como si se tratara de una disposición del ordenamiento jurídico que se tiene que aplicar obligatoriamente, es decir como si durante la tramitación del procedimiento se hubiera aprobado una ley que fuera de aplicación a los hechos que se están tratando en el procedimiento, y como en nuestro procedimiento laboral no se exige que las demandas se fundamenten jurídicamente con los correspondientes Fundamentos de Derecho, se tienen que aplicar directamente por el juzgador de instancia, así lo establece el art 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil ...) pues implícitamente es clara la alusión al art 80 LRJS y expresamente se menciona el art 218.1 párrafo 2º LEC .

TERCERO .- Sentado ello, el punto esencial del conflicto es determinar si, efectivamente, ha existido en nuestro caso una alteración sustancial de la demanda, cuando en el acto del juicio se varía la causa de pedir en el que se sustenta la nulidad del despido. Y la respuesta para la Sala es clara en sentido afirmativo, pues en realidad sí se



introdujo un hecho nuevo en el acto del juicio, consistente en el previsible carácter duradero de la situación de IT como razón justificativa de la discriminación al despedir, que en ningún momento aparecía en la demanda.

En efecto, en la demanda la mención a la situación de baja por IT era, como bien dice la defensa de la empresa, meramente descriptiva o como parte de la narración, pero en modo alguno puede desprenderse de ella que el hecho de estar en IT fuera la causa o motivo en el que se fundamentaba el despido.

Es en el acto del juicio cuando se introduce el hecho nuevo consistente en la previsión de que la situación de incapacidad laboral iba a ser duradera en el tiempo, y precisamente la modificación fáctica pretendida en el relato de hechos probados tiene esta finalidad.

Estamos, pues, en una variación sustancial de la demanda, prohibida por el art 81.1 pfo 2 LRJS y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, de la que destacamos nuestra STSJ de Extremadura de 13/03/2017, rec. 77/2017, que analiza un supuesto similar (razonamos en ella que También se alega en el motivo infracción del citado art. 85.1 LRJS porque en la sentencia recurrida se mantiene que en el juicio se introdujo una variación sustancial de la demanda y lleva razón al respecto la juzgadora de instancia pues, como se expuso en la Sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2004, citada en las de 29 de noviembre de 2012 y 3 de junio de 2013 [las partes deben actuar, para preservar el principio de igualdad de partes y no causar indefensión, de la siguiente forma: La actora: se afirma y ratifica en la demanda y hace las puntualizaciones necesarias, no pudiendo introducir hechos nuevos, siempre y cuando no se hubieran producido con posterioridad a su presentación. (artículo 80.1.c)...]. En el mismo sentido pueden verse las SSTs de 15 de diciembre de 2012, rec. 4262/2010 y de 10 de abril de 2014, rec. 154/2013 .

En este caso, la causa del que el demandante hacía derivar la nulidad de su despido era que se produjo por el hecho de estar enfermo, por lo que la alegación en el acto del juicio de que era minusválido y de que otra trabajadora en su misma situación no había sido despedida es una de esas variaciones sustanciales que no están permitidas en el acto del juicio porque si se admitieran se causaría indefensión a la otra parte, la demandada, que no pudo prever tal alegación y no tuvo oportunidad de preparar sus alegaciones y de aportar en el juicio las pruebas que al respecto tuviera por conveniente. Como nos dice la STS 15 de diciembre 2012, rec. 3839/2012, [De acuerdo con la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, y como recuerda también el detallado informe del Ministerio Fiscal, la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el derecho a no sufrir indefensión en el desarrollo del proceso (STS 18 de julio de 2005, rcud 1393/2004), el cual está dirigido a garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca (STC 226/2000, con cita de varias sentencias precedentes)] y la de 19/09/2016, rec. 323/2016, donde dijimos que *La prohibición de introducir en el debate cuestiones no alegadas en el inicial escrito de demanda se modula en los términos que ofrece el artículo 85.1 de la LRJS cuando previene que el demandante en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial; entendida como la que pueda afectar a alguno de los elementos nucleares del debate con trascendencia al resultado de la litis pues (en caso contrario) se vulnerará los pilares de contradicción e igualdad de partes en el proceso que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal (STS de 26 de septiembre de 2011) .*

CUARTO . - Sentado ello, y a título meramente dialéctico (en ningún caso cabría la reposición de actuaciones pues ningún motivo de impugnación se ha sustentado en el art 193 a)), no existe el más mínimo elemento objetivo (documentos médicos), a la fecha en la que se adopta el acto presuntamente discriminatorio, que permita sustentar que el empresario despidió al trabajador por la previsión de que la situación de IT pudiera prolongarse significativamente en el tiempo, que es lo que se exige demostrar según la STJUE de 01/12/2016 asunto C-395/15 **Daouidi**.

QUINTO . - Por esta misma razón, es intrascendente la modificación fáctica pretendida, pues los documentos en los que se sustentan son todos de fecha muy posterior al acto del despido.

Pero ante la posibilidad de que el tribunal Supremo piense de otro modo, entramos a analizar este aspecto del recurso.

Se interesa, en primer lugar, la adición de un NOVENO HECHO PROBADO, sobre la base del documento obrante en el folio 73 de las actuaciones (parte médico de confirmación de 27/03/2017) con el siguiente tenor literal: *el demandante sigue en la actualidad y de conformidad con el parte de confirmación 27 de marzo de 2017, unido al folio 73 de las actuaciones dado de baja con el diagnóstico de síndrome del túnel carpiano mano derecha*, que no puede ser aceptado, pues, como bien puntualiza la defensa de la empresa, ese documento es acreditativo de que el 27/03/2017 el actor estaba en situación de IT, pero no demuestra que lo esté ahora ni tampoco que lo estuviera en el acto del juicio.



Se interesa también la adicción de un hecho probado DÉCIMO del siguiente tenor: *el demandante fue operado el día 21 de septiembre de 2016 del 4º dedo de mano derecha, para la liberación del tendón flexor tras sección de polea*, que debe ser aceptado, pese a su irrelevancia, por estar sustentado en documento apto para ello (folio 79, informe de intervención de Hospital Infanta Cristina).

Finalmente, pretende la adicción de un hecho probado UNDÉCIMO con el siguiente tenor: *el actor de la operación realizada para la liberación de la polea del 4º dedo derecho de la mano ha evolucionado bien, pero persiste parestesia en zona cubital, por cuyo motivo se ha programado nueva intervención quirúrgica estando pendiente en la actualidad de ingreso para la realización de la misma, consistente en una neuropatía cubital derecha*, que se pretende sustentar en los informes médicos que obran a los folios 81 y 83 de las actuaciones y que no puede ser aceptado por la misma razón expuesta respecto de la adicción de un noveno hecho probado.

En definitiva, ninguna de las pretensiones que alternativamente se contienen en el recurso puede prosperar, debiéndose confirmar la sentencia recurrida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

DE SESTIMAR recurso de suplicación interpuesto por el Sr. Letrado Don RODRIGO BRAVO BRAVO, en nombre y representación de Don Fernando, contra la sentencia nº 185/2017, de fecha 04/05/2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Badajoz, en sus autos de DESPIDO 498/2016, confirmándola.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 0483 17., debiendo indicar en el campo concepto, la palabra recurso, seguida del código 35 Social-Casación. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo observaciones o concepto en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio recurso 35 Social-Casación.

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.