



Roj: **ATS 10114/2015 - ECLI:ES:TS:2015:10114A**

Id Cendoj: **28079140012015202351**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2015**

Nº de Recurso: **2186/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil quince.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro** expresa el parecer de la Sala.

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de marzo de 2015, esta Sala dictó sentencia en el recurso nº **2186/2014**, cuyo fallo decía literalmente lo siguiente:

1) Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Cesareo .

2) *Casamos y anulamos la Sentencia 901/2014, de 25 de marzo de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla).*

3) *Resolviendo el debate en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el Ayuntamiento de Los Barrios frente a la sentencia dictada el 17 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, que queda confirmada.*

4) *No procede realizar imposición de costas.*

**SEGUNDO.-** Por escrito de 4 de mayo de 2015, el Sr. Serafin , en representación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, ha promovido incidente de nulidad de actuaciones para que se declare la nulidad de la sentencia de 9 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y dicte una nueva sentencia con pleno respeto al derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), en relación con el principio de seguridad jurídica (contenido en el art. 9.1 CE ), de modo que limite en el presente caso, el efecto retroactivo del cambio de criterio jurisprudencial, por tanto, sustrayendo a sus efectos la extinción acordada por este Ayuntamiento, debatida en el presente procedimiento.

**TERCERO.-** Mediante escrito de 14 de julio de 2015, la representación procesal de D. Cesareo , formuló las alegaciones que consideró pertinentes para la defensa de sus derechos, rebatiendo los argumentos desarrollados por la demandante.

**CUARTO.-** Con fecha 13 de octubre de 2015, el Ministerio Fiscal emitió su informe, exponiendo las diversas razones por las que debía desestimarse el incidente promovido.

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.- El incidente nulidad de actuaciones.**

El incidente de nulidad de actuaciones viene hoy regulado en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ - (conforme a la redacción que le otorgó la Disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007 , que modificó también la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y en el art. 228 de la vigente Ley de



Enjuiciamiento Civil (LEC), que en principio estuvo limitado (L.O. 13/1999, de 14 de mayo) a "los defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo". Actualmente tanto el mencionado art. 241.1 de la LOPJ cuanto el art. 228 LEC Tras su modificación mediante Ley 13/2009) contemplan la posibilidad de que, aunque con el mismo carácter excepcional, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo pidan por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada "en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario".

Por ello, como hemos indicado en precedentes ocasiones (así, entre otros, AATS 13/03/2012, R. 147/2010; 19/02/2013, R. 3370/2011; 15/07/2013, R. 84/2011; 22/10/2013, R. 2164/2012; y 23/04/2014, R. 4401/2011) en la resolución del procedimiento instado ha de partirse de dos consideraciones básicas:

Primera.- Que el «incidente de nulidad de actuaciones es (...) un remedio procesal de carácter extraordinario que permite a los órganos judiciales subsanar ellos mismos aquellos defectos que supongan, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de dichos órganos, en relación con los vicios formales causantes de indefensión».

Segunda.- Que el art. 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la obligación de los Juzgados y Tribunales de «rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

El legislador, consciente del elevado coste procesal que la nulidad comporta, en cuanto que contraría los principios de celeridad y economía procesal, recuerda al intérprete jurídico (art. 241 LOPJ) que "no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones". Esta configuración del incidente de nulidad se refuerza, con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas, mediante las reglas que establecen, como norma general, la no suspensión de la ejecución, la condena en costas en caso de desestimación, o la imposición de multas, cuando la interposición se considera temeraria. En la misma dirección apunta el establecimiento de unas reglas simples para la tramitación procedimental y la delimitación del objeto del incidente.

#### **SEGUNDO.- Términos del incidente suscitado.**

Como queda expuesto, la solicitud de nulidad de actuaciones depende del cumplimiento de tres exigencias: 1ª) que la solicitada declaración de nulidad se funde en la denuncia de vulneración de un derecho fundamental, 2ª) que esa denuncia no haya podido formularse antes de dictarse la resolución que pone fin al proceso, y 3ª) que la resolución en cuestión no sea susceptible de recurso.

Hemos de examinar, por tanto, si en la presente ocasión concurren los tres elementos de referencia y procede resolver o sobre el fondo o si, por el contrario, quiebra alguno de ellos y debiera haberse inadmitido a trámite el incidente, lo que en la fase actual equivale a su desestimación.

#### **1. La sentencia frente a la que se interpone.**

Nuestra sentencia de 9 de marzo de 2015, resolviendo el recurso de casación para la unificación de doctrina **2186/2014**, contiene el siguiente fallo: 1) Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Cesareo. 2) Casamos y anulamos la Sentencia 901/2014, de 25 de marzo de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla). 3) Resolviendo el debate en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el Ayuntamiento de Los Barrios frente a la sentencia dictada el 17 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, que queda confirmada. 4) No procede realizar imposición de costas.

Puesto que se está presentando el incidente contra una sentencia dictada resolviendo recurso de casación unificadora hemos de entender cumplida la exigencia relativa al tipo de resolución judicial frente a la que se plantea.

#### **2. El derecho presuntamente vulnerado.**

Mediante su extenso y docto escrito de 22 de abril de 2015 la representación Letrada del Ayuntamiento de Los Barrios interpone incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

En esencia, lo que argumenta es que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de seguridad jurídica, invocando los artículos 24 y 9.1 CE así como advirtiendo la intención de acudir al recurso de amparo con posterioridad si su pretensión fracasa.

De este modo puede entenderse concurrente el segundo de los requisitos necesarios para que el incidente se considere bien planteado: el Ayuntamiento empleador entiende que nuestra STS de 9 marzo 2015 vulnera su



derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE y beneficiado con la tutela a que alude el artículo 53.2 CE .

### **3. Imposibilidad de haber suscitado antes la cuestión.**

Entiende el solicitante que nuestra sentencia de 9 de marzo de 2015 aplica un criterio jurisprudencial posterior al momento en que acaecen los hechos enjuiciados; la nueva doctrina cambia cuanto se venía sosteniendo y propicia que la extinción contractual del caso debía considerarse ajustada a Derecho de acuerdo con las normas y pautas hermenéuticas del momento en que surge, mientras que acaba censurándose a partir de un criterio interpretativo muy posterior.

Puesto que los órganos judiciales que conocieron anteriormente del litigio no aplicaron esa innovadora jurisprudencia, es obvio que tampoco pudo combatirse el enfoque del Tribunal Supremo con anterioridad y es su propia sentencia la que provoca la indefensión y vulneración de garantías constitucionales.

Como se observa, parece que concurre el tercero de los elementos necesarios para considerar acertadamente suscitado el incidente de nulidad. Sin embargo, la cuestión no es tan evidente, porque este enfoque ya lo desarrolló el Ayuntamiento de Los Barrios al impugnar el recurso de casación unificadora que dio pie a nuestra sentencia. Recordemos cuanto se expone, literalmente, en su Fundamento de Derecho Segundo, apartado C):

*" Con acertada técnica jurídica, el escrito de impugnación del recurso pone de relieve la posible existencia de un óbice para la admisión y estimación de este primer motivo de recurso: la falta de contenido casacional.*

*Conforme a jurisprudencia consolidada, en el momento de producirse el despido del Sr. Cesareo , se venía entendiendo que tanto los contratos de interinidad por vacante, como los del personal indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas, se extinguían al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador mediante el proceso ordinario de cobertura o por la amortización de la misma. En este último supuesto se entendía que no era necesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual de los arts. 51 y 52 c) ET . Así se plasma en las STS/4ª/Pleno de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012 ) y STS/4ª de 23 octubre (rcud. 408/2013 ) y 25 noviembre 2013 (rcud. 771/2013 ), así como en la de 13 enero 2014 (rcud. 430/2013 ). De este modo, puesto que la sentencia recurrida aplica esa jurisprudencia, el recurso debiera fracasar-*

*Es razonable la argumentación de la empleadora. Ahora bien, si bien la doctrina de la sentencia recurrida se hallaba conforme con la de esta Sala Cuarta en el momento de dictarse, es lo cierto que con posterioridad se ha revisado y cambiado, en concreto a partir de la STS (Pleno) de 24 de junio de 2014 , seguida por otras muchas posteriores.*

*Como indica el Ministerio Fiscal, la ausencia de contenido casacional por esta causa solo es apreciable en la medida en que la sentencia recurrida concuerde con la doctrina mantenida de presente por el Tribunal Supremo. Deja de existir ese óbice procesal para la admisión del recurso cuando la sentencia de suplicación recurrida sigue un criterio jurisprudencial ya abandonado.*

*Existente la contradicción, desvanecida la posible causa de inadmisión (que lo sería de desestimación), procede examinar examinar el primer motivo del recurso".*

Por esa razón el Ministerio Fiscal advierte en su Informe de 8 octubre 2015 que el incidente replantea una cuestión ya abordada por la sentencia en su Fundamento Segundo. Tiene razón el Ministerio Público en que se trata de cuestión ya advertida a la Sala por el promotor del incidente. Ahora bien, buscando la interpretación del requisito legal que sea más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, esta Sala optó por admitir a trámite el incidente y dar traslado del mismo a la otra parte del proceso y al Ministerio Fiscal. Buscamos, de ese modo, brindar una respuesta más explícita y detallada a lo que ahora es el centro de la pretensión ejercitada y antes era solo uno más de los argumentos, en modo alguno desarrollado en los términos que acoge el escrito de planteamiento del incidente.

### **TERCERO.- Examen de la vulneración alegada.**

#### **1. La argumentación del demandante.**

El escrito de interposición del incidente desarrolla, de manera extensa y asumiendo conocidos planteamientos académicos, una argumentación que puede resumirse del siguiente modo:

A) A la jurisprudencia corresponde complementar el ordenamiento, disipando dudas y aportando previsibilidad al modo en que haya de resolverse un litigio.

B) Repasa la evolución que la figura del trabajador indefinido no fijo ha seguido, precisamente, de la mano de la jurisprudencia.



- C) Recuerda que cuando el Ayuntamiento de Los Barrios amortiza diversas plazas de empleados públicos lo hace al amparo del criterio jurisprudencial que así lo admite.
- D) Subraya que el cambio de jurisprudencia se produce con la sentencia de 24 de junio de 2014 y que su aplicación no puede ser retroactiva.
- E) La necesidad de seguir los trámites del art. 51 ET no era predecible en el momento en que el Ayuntamiento extinguió el centenar aproximado de contratos cuyas plazas amortizó.
- F) Se invoca la STC 7/2015, de 22 enero, estableciendo límites a los efectos retroactivos de las interpretaciones jurisprudenciales.
- G) Asimismo, se invoca la STJUE de 21 marzo de 2013, estableciendo límites a la eficacia temporal de sus cambios de criterio.

## **2. Informe del Ministerio Fiscal.**

Con fecha 8 de octubre de 2015, el Ministerio Fiscal emitió su Informe, considerando que no debe atenderse la nulidad solicitada pues se basa en consideraciones de tipo general o abstracto sobre el alcance de los criterios jurisprudenciales.

Asimismo, subraya que el promovente de la nulidad se olvida de que la sentencia combatida resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina.

Lo que atentaría contra la seguridad jurídica, precisamente, es no aplicar la solución ya dada a casos precedentes, como la propia sentencia combatida puso de relieve.

## **3. Argumentación de la sentencia atacada.**

El Ayuntamiento solicitante de la nulidad ciñe su pretensión al cambio de criterio acogido y a su aplicación en un caso suscitado antes de que se produjese. Antes de abordar específicamente la respuesta que hayamos de brindar al incidente en cuestión, interesa recordar, de modo literal algunos pasajes de nuestra sentencia de 9 de marzo de 2015:

B) *Nuestra sentencia de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) ha rectificado de manera expresa el criterio que respecto de esta cuestión se venía manteniendo y que acaba de exponerse. (Fundamento Cuarto). Todas esas consideraciones llevaron a abandonar la doctrina anterior y a proclamar que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos. (Fundamento Cuarto).*

C) *Casos similares al presente ya han sido resueltos con anterioridad en las SSTS 8 de julio de 2014 (rec. 2693/2013) y 29 octubre 2014 (1765/2013). Por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, en la presente resolución se asumen íntegramente las consideraciones allí vertidas (Fundamento Cuarto).*

D) *En suma: tanto en la formulación de la doctrina jurisprudencial precedente sobre terminación de los contratos como consecuencia de los cambios operados sobre la RPT cuanto en la que acabamos de asumir mediante la STS de 24 junio 2014 se parifica la solución aplicable a contratos de interinidad por vacante y a contratos considerados como indefinidos no fijos. De este modo, es lógico y ajustado a tal homogeneidad que el nuevo criterio interpretativo, sentado al hilo de contratos de interinidad por vacante, se traslade también al caso de los trabajadores indefinidos no fijos (Fundamento Quinto).*

E) *Así las cosas, carece de relevancia que al caso ahora resuelto (Ayuntamiento de Los Barrios) no resultara aplicable aún el párrafo 3º que a la DA 20ª ET añadió finalmente la Ley 3/2012. Este pasaje normativo ("Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior") propicia una interpretación de sentido inverso: si los trabajadores fijos poseen prioridad de permanencia en el marco del despido colectivo es que los demás (los que no son fijos) también pueden ser afectados por tal causa extintiva. Pero, examinado desde la óptica que aquí interesa, es claro que no viene a abrir la puerta del despido por causas empresariales a los trabajadores temporales (lo que sí sería significativo) sino, sencillamente, a fijar un criterio de prioridad en orden a la permanencia; es la regla sobre el orden en los despidos la novedad y no la apertura de la posibilidad de que sean despedidos quienes carecen de prioridad para mantener su vinculación.*



Por lo tanto es irrelevante, a efectos de aplicar la doctrina contenida en la sentencia de 24 de junio de 2014, recurso 217/2013, que la extinción del contrato del actor se produjera con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, incluso con anterioridad a la entrada en vigor del RD Ley 3/2012, ya que aquélla no se ha establecido en virtud de lo dispuesto en la DA 20 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 3/2012, sino atendiendo a los razonamientos que en la misma se contienen respecto a la naturaleza, duración y extinción de los contratos de interinidad por vacante (trasladables a los indefinidos no fijos). ( Fundamento Sexto).

### C) Consideraciones del Tribunal.

1. Como se ha expuesto, nuestra sentencia de 9 de marzo se cuida de exponer los motivos que conducen a resolver el litigio en términos diversos a los acogidos por nuestra precedente doctrina. De hecho, no hay en el escrito instando la nulidad protesta acerca de una posible desigualdad en la aplicación de la ley, de un cambio arbitrario de solución o de falta de motivación.

2. Conviene recordar también que estamos ante un supuesto bien diverso del que surge cuando un asunto ya llevado a los tribunales es normado (retroactivamente) para alterar su previsible solución. En tal caso sí puede considerarse que hay una vulneración del derecho al proceso debido (tutela judicial efectiva) por parte de la ley retroactiva ( STEDH 14 enero 2014 , *Montalto* ).

En el caso del Ayuntamiento de Los Barrios se trata de que la jurisprudencia ha variado, no las normas. El canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable. Ello con independencia de que en las relaciones *inter privatos* (como las derivadas de los contratos laborales) esa calificación atinente a perjuicios o beneficios cambia drásticamente en función del sujeto que contemplemos.

De ahí que el escrito promotor de la nulidad acierte cuando abandona la perspectiva de la retroactividad y se centra en la de la seguridad jurídica, aunque utilizarse de manera impropia o laxa el concepto de retroactividad del cambio de criterio jurisprudencial.

3. La invocación de la STC 7/2015 es tan comprensible como inadecuada para afrontar el presente caso. Aquí no concurren las excepcionales circunstancias apreciadas en el asunto resuelto por la STC 7/2015, de 22 de enero . En el supuesto referencial la parte, con notoria diligencia, procedió a complementar el escrito de preparación de un recurso procesal inicialmente presentado para ajustarlo al nuevo criterio jurisprudencial tan pronto como tuvo conocimiento de ello, conducta procesal que el Tribunal Supremo no ponderó, lesionando así el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE .

En el caso examinado por la STC 7/2015, de 22 enero , la propia jurisprudencia es la que altera los términos en que ha de desarrollarse la conducta procesal; el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) está pronunciándose sobre cómo hay que actuar ante él mismo y por eso sus decisiones pueden ser matizadas (admitir, inadmitir, permitir subsanación). En el presente caso, por el contrario, se está examinando una conducta (extinguir cerca de cien contratos de trabajo) llevada a cabo por el Ayuntamiento empleador respecto de su plantilla laboral. Es evidente que el papel del Tribunal en este caso no puede equipararse pues la conducta enjuiciada se desarrolló en terreno completamente ajeno a la actuación procesal.

El modo de subsanar lo que estuvo mal hecho (con arreglo a la nueva doctrina), en nuestro caso, no puede consistir en reiterar una actuación procesal, mientras que en el supuesto de la sentencia constitucional aducida sí cabe esa vía.

4. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante ( STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia* , § 74). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes ( STEDH de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia* , § 38).

5. La STC 72/2015, de 14 abril , pone de relieve que en el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del *common law* , en el que el precedente actúa como una norma y el *overruling*, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del *prospective overruling* , rigiendo, por el contrario, el *retrospective overruling* (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).



Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» ( STC 95/1993, de 22 de marzo ).

Dicho abiertamente: no existe la vulneración de principios y valores constitucionales que el Ayuntamiento de Los Barrios reprocha a nuestra sentencia. Al aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que ha hecho la STS de 9 de marzo es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento.

#### **CUARTO.- Desestimación.**

De acuerdo con cuanto antecede, entendemos que la sentencia impugnada no adolece de defecto alguno ni vulnera derechos fundamentales. Cuestión diferente es que sus razonamientos coincidan con las opiniones, intereses o expectativas de la parte recurrente; o, incluso, que pueda postularse legítimamente un cambio de nuestro sistema legal. Pero nada de eso puede conducir al triunfo de la pretensión esgrimida a través del incidente de nulidad.

En consecuencia, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación de la pretensión de nulidad postulada. Contra este Auto no cabe recurso alguno.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **LA SALA ACUERDA:**

Desestimar el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la representación letrada del AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS contra la Sentencia de 9 de marzo de 2015, dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo resolviendo el recurso de casación para la unificación de doctrina número **2186/2014**.

Contra este Auto no cabe recurso alguno.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.