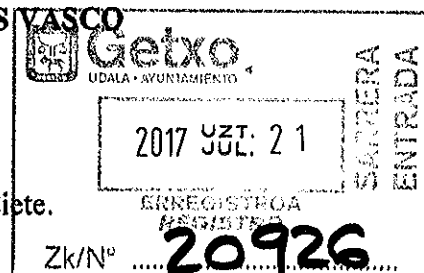


RECURSO DE SUPPLICACION N°: 1438/2017
NIG PV 48.04.4-16/002895
NIG CGPJ 48020.44.4-2016/0002895

SENTENCIA N°: 1541/2017



**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**



En la Villa de Bilbao, a cuatro de julio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. **DON PABLO SESMA DE LUIS**, Presidente en Funciones, **DON MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI** y **DON JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n° 7 de los de Bilbao, de fecha 18 de Octubre de 2016, dictada en proceso que versa sobre materia de RECLAMACION DE CANTIDAD DERIVADA DE INDEMNIZACION POR EXTINCION DE CONTRATO (INDEFINIDO NO FIJO EN PLANTILLA) (RPC), y entablado por la -hoy también recurrente-, frente a AYUNTAMIENTO DE GETXO y el -Organismo- FONDO DE GARANTIA SALARIAL ("FOGASA"), respectivamente, es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la -SALA-.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por Demanda y terminó por Sentencia, cuya relación de Hechos Probados, es la siguiente:

1º.-) "La actora _____, mayor de edad, con DNI N° _____ ha venido prestando servicios por cuenta y cargo del "AYUNTAMIENTO DE GETXO" con antigüedad del 16/12/2002 habiéndose reconocido por Decreto de la Alcaldía 3651/2009 de 16 de junio la relación como de carácter indefinida no fija de plantilla.

2º.-) La plaza de funcionario correspondiente al contrato de la actora fue convocada y cubierta reglamentariamente. En su virtud por Decreto de la Alcaldía 867/2016 de 25 de febrero se procedió a declarar extinguido el mencionado contrato con efectos del 29 de febrero de 2016.

3º.-) A la finalización de la relación el "AYUNTAMIENTO DE GETXO" no abonó a la actora cantidad alguna en concepto de indemnización.

4º.-) La actora al momento de la extinción de su contrato percibía unas percepciones en cuantía de 3.017 euros mensuales, de los cuales 14,43 respondían a un importe por aportación de empresa como seguro de vida, y 94,56 euros en concepto de aportación de la empresa a ELKAKIDETZA.

5º.-) Se formuló en marzo de 2016 escrito de reclamación previa frente al citado Ayuntamiento reclamándosele la indemnización correspondiente por extinción contractual calculada con arreglo a 8 días por año de servicio siendo tal reclamación desestimada por la Entidad Local demandada".

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, dice:

"Estimando parcialmente la demanda promovida por frente a "AYUNTAMIENTO DE GETXO" y FOGASA sobre Soc Or condeno al AYUNTAMIENTO DE GETXO a abonar a la demandante la suma de 10.183,42 euros".

TERCERO.- Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por la -parte demandante-, _____, que fue impugnado por la -Entidad demandada-, "AYUNTAMIENTO DE GETXO".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución judicial de instancia ha estimado parcialmente la pretensión de la trabajadora demandante que solicita la cantidad, en concepto de indemnización por extinción contractual de 29 de Febrero de 2016, respecto del denominado contrato de trabajo indefinido no fijo, por cobertura reglamentaria de plaza, que en papeleta de demanda precisa ser de 11.430,79 Euros (ocho días), y que en el acto del juicio, conocedor de la nueva doctrina comunitaria y nacional, eleva a los veinte días especificados (Artículo 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores), que la juzgadora de instancia va a considerar una variación sustancial de la demanda en atención a los Artículos 72 y 85.1 LRJS, por lo tanto inaceptable, resolviendo el fondo y cálculo indemnizatorio en cuantía que eleva finalmente a 10.183,42 Euros, procediendo a denegar

la inclusión en el cálculo salarial indemnizatorio de las aportaciones a los planes de pensiones, pero incluyendo los pagos del seguro de vida, según la doctrina jurisprudencial que cita, y todo ello sin intereses moratorios.

Disconforme con tal resolución de instancia la trabajadora plantea Recurso de Suplicación articulando única y exclusivamente un motivo de nulidad al amparo del párrafo a) del Artículo 193 de la LRJS que pasamos a analizar.

El Recurso ha sido impugnado de contrario. La entidad local impugnante hace referencia en su escrito, entre otras Resoluciones, a una Sentencia de 28 de Marzo del 2017, Recurso 423/17 de esta Sala, en referencia a la temática objetiva de incongruencia e indefensión que no hemos podido localizar por cuanto el Recurso 423/17 se corresponde con un grado de Incapacidad Permanente, siendo que por la lectura parcial del texto que reproduce tan sólo se antepone un argumento de petición anterior al juicio para razonar la falta de incongruencia.

SEGUNDO.- El motivo de reposición de autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión tiene por finalidad genérica denunciar irregularidades en la tramitación del procedimiento especialmente cualificadas por el efecto de que su apreciación conlleva la declaración de nulidad de las actuaciones viciadas. Tal es así que resulta necesario en la configuración legal y jurisprudencial del motivo la denuncia de la infracción o garantía de carácter procedimental entendida en un sentido amplio que alcance incluso los principios constitucionales. pero además esa denuncia ha de referirse no a la infracción de cualquier norma procesal sino aquella que cualificadamente implica la efectiva indefensión de la parte como concurrencia de un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios argumentos. En todo caso es necesario que la parte recurrente haya intentado la subsanación de la infracción en el momento procesal oportuno o haya formulado correspondiente protesta en tiempo y forma, y todo ello salvo supuestos de anulación de oficio si son defectos propios del orden jurídico público procesal. Esas exigencias de invocación de preceptos infringidos tratándose de infracciones de normas procesales como normas vulneradas de carácter esencial, que hayan producido indefensión y que quien invoca tal transgresión de la norma procesal no lo haya provocado o propiciado con su conducta formulando la oportuna protesta en tiempo y forma. Y es que resulta evidente que la parte que articula esta motivación está sujeta a cargo de precisar las específicas reglas procesales infringidas y su razonamiento ya que no corresponde al Tribunal Superior examinarlo por su cuenta al estar ante un recurso extraordinario, máxime cuando la consecuencia de una infracción de estas características no es resolver el litigio en la forma pedida por el recurrente, sino retrotraer el curso del proceso al momento en que aquella se cometió a fin de que se desarrolle en forma correcta y sin perjuicio para los litigantes. Sin embargo este especial efecto que es contrario a cualquier principio de economía y rapidez procesal determina que únicamente deba decretarse la nulidad cuando la infracción sea de tal calado que haya producido verdadera indefensión máxime tras los dictados orgánicos tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/2003 de 23 de diciembre. Para el éxito del recurso de suplicación por quebrantamiento de forma contemplado en el artículo 193 a) de la LRJS, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

UDALA - AYUNTAMIENTO

2017 UZL 21

ERREKUPERTOKA

20926

Zk/Nº

SARRERA ENTRADA

1º) Que en el procedimiento de instancia se haya infringido una norma procesal o una de las garantías procesales explícitas en la Constitución, sobre todo en el art. 24, pero no basta con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que es además necesario, que tal infracción determine la indefensión del afectado, (STC 158/1989, de 5 de octubre). Indefensión no en sentido puramente formal, sino también material, que suponga una vulneración del art. 24 de la Constitución (STC 161/1985 de 29 de noviembre); 158/1989 de 5 de octubre y 124/1994 de 25 de abril). La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (STC 89/1986 de 1 de julio).

2º) Que se cite por el recurrente la norma o garantía cuya infracción se denuncia, (SS del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1988 y 6 de junio de 1990).

3º) Que el defecto procesal sea invocado, por la parte que, sin haberlo provocado, haya resultado perjudicada por el mismo, (sentencias del Tribunal Constitucional 159/1988 de 19 de septiembre y 48/1990 de 20 de marzo).

4º) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma.

Como la recurrente invoca, en concreto, la infracción de los Artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los Artículos 72 y 85.1 de la LRJS y finalmente el Artículo 24 de la Constitución, peticionando una nulidad de actuaciones sin exigencia subsidiaria de infracción jurídica y posibilidad de entrar en la cuestión de fondo, abordaremos dicha temática estrictamente jurídica.

Y es que es bien cierto que aunque propiamente no se recoja como una verdadera excepción procesal, el demandado en su contestación, dentro del ámbito propio de la denuncia de defectos de la demanda, puede esbozar la denominada inadecuación que pudiera existir entre la reclamación previa y su contestación, o entre el contenido propio del expediente administrativo y de la demanda (Artículo 72 LRJS), o el que pudiera haber entre la demanda y su ratificación (Artículo 85 LRJS), y lo mismo referente al ámbito de la conciliación (Artículo 63 LRJS). Se trata de la denominada "*exceptio mutatio libelli*" o manifestación de protesta expresa por la introducción de una modificación sustancial de la pretensión que altera la igualdad de las partes en el proceso y puede producir indefensión. Incluso a veces se denomina a la figura como una falta de agotamiento parcial de la vía previa, como formulismo que quiere denunciar la existencia de una incongruencia activa o pasiva, o una variación sustancial en la cantidad o el concepto reclamado y formulado en las peticiones realizadas en distintos periodos, ya sea en la conciliación o en la reclamación previa, bajo los principios de congruencia o ausencia de variación sustancial en materia y conceptos, ya sean de tiempo, cantidades u otros (Sentencia del Tribunal Supremo 29 de Junio de 1988, AR 5490), donde

ciertamente, ya sea bajo la interpretación de una apariencia u otra, lo que se produce es una búsqueda de la denominada incongruencia extrapetita entre lo reclamado en la tramitación previa en evitación del proceso, que provoca en la aplicación de los principios procesales y de derecho sustantivo, que la reclamación *extrapetita* no pueda ir más allá de la exigencia en el intento de solución del conflicto previo al procedimiento judicial.

En el mismo sentido al objeto del proceso de seguridad social del denominado "*ius variandi*" (Artículo 142.2 de la LPL en relación al 80.1a anteriores).

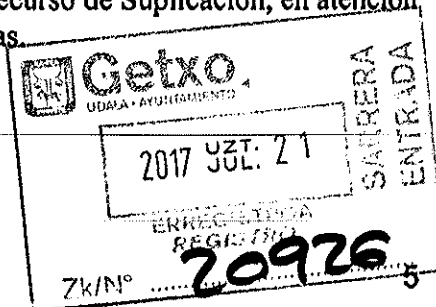
Sin embargo, en nuestro supuesto de autos, y aun cuando la aplicación estricta de la doctrina *ut supra* mencionada pudiera entender que estamos ante la mencionada excepción de inadecuación y variación sustancial, lo cierto es que la realidad interpretativa de la doctrina jurisprudencial actual conlleva que esta Sala deba plegarse a los dictados que conforman la nueva estructura interpretativa que se predica, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2017, Recurso 1806/2015, que reconoce que la extinción del contrato de trabajo del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba previamente, genera un derecho a la indemnización prevista en el Artículo 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores (20 días), sin que pueda aplicarse no ya ninguna, sino incluso subsidiariamente la de ocho días, y todo ello aunque se haya pedido por primera vez en el propio Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina o a través del Artículo 49.1c) del Estatuto de los Trabajadores.

Y es que dicha Sentencia viene a aplicar el cambio de criterio jurisprudencial que expresó en la Sala General de 28 de Marzo del 2017, Recurso 1664/15, abundando en la inexistencia de una incongruencia al reconocer una indemnización prevista en el Artículo 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores y no la inicialmente pedida por la propia reclamante.

De ahí que esta Sala no pueda sino aplicar dichos razonamientos, por motivos de seguridad y justicia, aplicando la Tutela Judicial Efectiva que se corresponde con la temática ahora estrictamente procesal, y sin perjuicio de la resolución de fondo que la recurrente no ha ofrecido directamente a esta Sala al invocar única y exclusivamente un motivo de nulidad con retroacción, que obliga a la pertinente anulación de la resolución de instancia para que dicte otra mejor fundada en derecho, con esta corrección jurisprudencial.

Por lo mencionado procede la estimación del Recurso de Suplicación de la trabajadora recurrente, declarando la nulidad de la resolución judicial desde el momento del dictado de la sentencia de instancia, que deberá evacuar nuevamente aplicando su leal y saber entender, respecto de la temática de fondo.

TERCERO.- Como quiera que la trabajadora recurrente no sólo goza del beneficio de justicia gratuita sino que ve estimado su Recurso de Suplicación, en atención al Artículo 235.1 de la LRJS, no habrá condena en costas.



FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por
contra la sentencia dictada en fecha 18 de Octubre de 2016 por
el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en autos nº 296/16, seguidos a su instancia frente
al "AYUNTAMIENTO DE GETXO" y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL. Se
anula la Resolución de instancia con retroacción del procedimiento al momento anterior a
dictarse la resolución judicial que deberá efectuarse de conformidad con los criterios
jurisprudenciales según el saber y entender de la juzgadora de instancia.

Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal,
informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la
unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las
advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social
de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos,
mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día
de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de
Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1438-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1438-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

