



Roj: **STS 943/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:943**

Id Cendoj: **28079140012018100231**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2018**

Nº de Recurso: **689/2016**

Nº de Resolución: **217/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 689/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 217/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 27 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Repsol Directo, S.A., representada y defendida por la Letrada Dña. María Cristina Muñoyerro del Olmo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de octubre de 2015, en el recurso de suplicación nº 414/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 30 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid, en los autos nº 480/2013, seguidos a instancia de D. Ignacio, contra dicho recurrente, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida D. Ignacio, representado y defendido por el Letrado D. Juan Carlos Nestar Baños.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 30 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que, estimando la demanda promovida por Don Ignacio frente a REPSOL DIRECTO SA, declaro la improcedencia del despido del actor de fecha 25-2-2013 y condeno a la empresa demandada a optar, en el plazo de cinco días siguientes al de la notificación de esta Sentencia, bien por su readmisión con abono de los salarios de tramitación, a razón de 92,75 euros diarios desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta Sentencia, o bien por la extinción del contrato de trabajo mediante el abono de una indemnización por importe de 71.824,40 euros».



Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- El demandante Don Ignacio ha venido prestando servicios para la empresa REPSOL DIRECTO SA, con una antigüedad del contrato de trabajo reconocida desde el 1-12-1995, con la categoría profesional de comercial y percibiendo un salario anual fijo de 31.040,50 euros con prorrata de pagas extras, más un variable por incentivos de 2814,09 euros, en total 33.854,59 euros anuales (documentos nº 3 al 15 y 18 de la empresa y nota de cálculos al folio 119 de autos).

2º.- Es aplicable a la relación laboral el Convenio Colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines para los años 2011 y 2012, publicado en el BOE de 15-12-2011, que fue objeto de prórroga y revisión de determinados artículos mediante acuerdo de las partes negociadoras de fecha 10-4-2012, publicado en el BOE de fecha 18-5-2012.

3º.- La empresa tuvo conocimiento el 30/1/2013, a través de la reclamación externa por impago de una factura de suministro de gasóleo de fecha 13-1-2012, nº NUM000 , que fue emitida para el cobro a la mancomunidad de la c/ DIRECCION000 nº NUM001 de Madrid, que es cliente de Repsol Directo, que dicha factura había sido abonada mediante un cheque al portador por importe de 9.899,96 euros que la mancomunidad entregó al actor en fecha 26-1-2012, en su condición de comercial de la empresa Repsol Directo, como medio de pago, y que éste no ingresó en la cuenta de la empresa sino en su propia cuenta bancaria en una oficina de La Caixa de la localidad de Collado Mediano donde el actor tiene su domicilio. El actor ocultó esos hechos en varias reuniones y en los procesos internos de la empresa en los que se trató el modo de gestionar el recibo de esa factura y posteriormente, antes de que el cobro pasase a la fase de contencioso o judicial, en el mes de diciembre de 2012, el actor hizo dos imposiciones en efectivo a través de ventanilla de la misma oficina de la Caixa antes de DIRECCION000 NUM001 y a favor de REPSOL DIRECTO SA, por importes de 5.650 y 500 euros, respectivamente. El siguiente suministro de gasóleo a la citada mancomunidad en el mes de marzo de 2012, cuyo importe ascendió a 11.200 euros, lo gestionó el actor a través de otra distribuidora denominada GASOGU (GASOMAD ENERGIA SL) y no a través de Repsol Directo SA (folios 67 al 69, 78 y 79 y 80 de autos y documentos nº 20 al 26 del ramo de prueba aportado por la empresa al acto del juicio).

4º.- La empresa comunicó al actor su despido disciplinario mediante carta de fecha 25-2-2013 en base a los siguientes hechos:

"Don Ignacio Repsol Directo, S.A.

Madrid, a 25 de febrero de 2013

Muy Sr. Nuestro:

Por medio de la presente le comunicamos que la Dirección de Repsol Directo S.A. ha decidido proceder a su despido disciplinario con efectos de día de hoy 25 de febrero de 2013, debido a la comisión de unos hechos que constituyen una falta muy grave consistente en el fraude en las gestiones encomendadas y hurto o robo a la empresa o a cualquier otra persona y la trasgresión de la buena fe contractual en virtud de lo establecido en el artículo 73 del Convenio Colectivo de Empresas de Comercio al por Mayor e Importadores de Productos Químicos Industriales , Droguería, Perfumería y Afines y en el artículo 54.d) del Estatuto de los Trabajadores .

Los hechos que motivan su despido disciplinario son los siguientes:

- El pasado 30 de enero, la Compañía Multigestión, encargada de la reclamación de facturas impagadas recibió una llamada de la administración del cliente Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , NUM001 , indicando que la factura que Multigestión le estaba reclamando, nº NUM000 ya había sido pagada en fecha 26 de enero de 2012 a usted, indicando su nombre y NIF, mediante talón bancario al portador. Asimismo, Multigestión comprobó que no consta ingreso de ningún talón por el citado importe que consta en la factura, 9.899,96€. Como sabe, la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , NUM001 , es un cliente de su cartera y usted era el encargado de los cobros al mismo.

- En este mismo sentido, el mismo día 30 de enero, la Compañía recibió un correo electrónico del cliente de su cartera, Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , NUM001 . Se dirige a la Compañía D. Eulalia de la empresa Prodefincas en calidad de administradores de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , NUM001 comunicándonos que ha recibido una demanda judicial por reclamación de una cantidad correspondiente a una factura de Repsol de 13 de enero de 2012 nº NUM000 por un suministro de gasóleo a dicha Comunidad y haciéndonos constar que la citada factura se abonó a usted, en calidad de Técnico Comercial del citado cliente, mediante talón bancario cruzado siguiendo expresamente las instrucciones que usted mismo les indicó.

- En el mismo correo electrónico de 30 de enero de 2013 el representante de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , NUM001 nos informa igualmente que en el mes de marzo, concretamente 26 de marzo de 2012, se le abonó a usted un nuevo suministro por importe de 11.200 euros habiendo sido realizado por la Compañía Gasóleos Gasogu (Gasomad Energía S.L.), compañía de la competencia. La solicitud de suministro se la habían hecho a usted, como en ocasiones anteriores, y les informó que les suministraba otro distribuidor con el que Repsol trabajaba. Como sabe de sobra es totalmente falso que Repsol trabaje con ese distribuidor.

- La Dirección de la Compañía ha procedido a la correspondiente investigación a partir de los anteriores hechos y ha comprobado que:

* Usted recibió el cheque al portador y la factura por importe de 9.899,96€ tiene sello de pagado de fecha 26 de enero de 2012 y está firmada por usted, consignado asimismo su NIF.

* A través de la copia del talón bancario, se constata que se ingresó en una cuenta de La Caixa oficina 03898 - Collado Mediano, población en la que usted reside y exactamente en la misma oficina bancaria donde usted tiene la cuenta en la que está domiciliada su nómina.

- Se han realizado tres ingresos bancarios para minorar la deuda del cliente.

* 30.10.2012 por importe de 3.000€ mediante un ingreso de cajero en la Oficina 04729 Pico de Artilleros.

* 7.12.2012 mediante imposición en efectivo por importe de 5.650€ realizada en la oficina de La Caixa 03898 de Collado Mediano, misma oficina bancaria donde usted tiene la cuenta en la que está domiciliada su nómina.

* 11/12/2012 mediante imposición en efectivo por importe de 500€ realizada en la oficina de La Caixa 03898 de Collado Mediano misma oficina bancaria donde usted tiene la cuenta en la que está domiciliada su nómina.

-La factura de la empresa Compañía Gasóleos Gasogu (Gasomad Energía S.L.) de fecha 26 de marzo de 2012 por importe de 11.200€ está firmada por usted y hace constar su NIF, correspondiendo a un suministro realizado por una Compañía de la competencia. La gravedad de los hechos anteriores es indudable como se verá a continuación. En primer lugar, como usted sabe, según el procedimiento de cobros de Repsol Directo está prohibido el cobro los suministros mediante un cheque bancario al portador. Usted no solo procedió a solicitar el cheque al portador, sino que, una vez recepcionado el mismo, no lo ingresó en la empresa poniendo todos los medios para ocultar estos hechos. Efectivamente, conforme a los procedimientos de la Empresa, usted es el encargado de gestionar la deuda con los clientes de su cartera. Las deudas se provisionan pasados unos meses y se envían a la empresa Multigestión para que realice la oportuna reclamación judicial transcurrido un plazo en torno a nueve meses y siempre que el Técnico Comercial no indique nada en contrario. En este sentido, según la investigación llevada a cabo, usted ha venido informando reiteradamente sobre el estado de la deuda de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , NUM001 incluso indicando que había llegado a acuerdos para que abonaran el total de la deuda. A parte de información verbal y por escrito previa, las últimas informaciones recibidas de usted son, en concreto:

- El 02 de octubre de 2012 usted informa que está intentando que el cliente abone la deuda.

- El 21 de noviembre de 2012 mediante correo electrónico usted informa que ha llegado a un acuerdo con el cliente y solicita esperar al 31 de diciembre antes de abrir proceso monitorio (reclamación de la deuda).

- El 22 de noviembre de 2012 mediante correo electrónico usted informa que tiene un acuerdo con el cliente para abonar una cantidad ahora y otra en diciembre.

- 03 de diciembre de 2012 mediante correo electrónico usted informa que el cliente va a realizar un ingreso de 3.000€ y firmará un documento con el acuerdo de pagos.

- El 04 de diciembre de 2012 mediante correo electrónico usted solicita que no se pase la deuda a reclamación (apertura de proceso monitorio) porque tiene el asunto controlado. Tras la investigación realizada se ha verificado que, obviamente las anteriores explicaciones eran totalmente falsas y respondían a una estrategia activa conducente a ocultar los incumplimientos contractuales mencionados. Usted no estaba realizando ninguna de las gestiones que comunicó ya que el cliente no solo había abonado el importe de la factura sino que había solicitado suministros posteriores. Por último este suministro posterior no llegó a ser comunicado a la empresa sino que usted lo redirigió a la empresa Gasóleos Gasogu (gasomad Energía 511 bajo el falso pretexto de que se trataba de un distribuidor de Repsol, algo radicalmente falso. Ello supone, en adición a los anteriores incumplimientos una conducta claramente desleal hacia la empresa en la medida en que desvía la contratación de suministros a una tercera empresa competidora e, incluso se presta al cobro de las facturas de esta última empresa. Constatados los hechos anteriores, usted ha incurrido en una infracción muy grave y continuada consistente en el fraude en las gestiones encomendadas y hurto o robo a la empresa o a cualquier otra persona. Así lo dispone el artículo 73 del Convenio Colectivo de Empresas de Comercio al por Mayor e

Importadores de Productos Químicos Industriales , Droguería, Perfumería y Afines, que establece como faltas muy graves:

"El fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar".

Asimismo, el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores establece como incumplimiento contractual que puede dar lugar a un despido disciplinario la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza desempeño del trabajo. Dada la extrema gravedad de los hechos descritos, le comunicamos que se procederá a la extinción de su contrato con fecha 25 de febrero de 2013 efectuándose el finiquito y la liquidación que por todos los conceptos le corresponden en función de la duración de su relación laboral con nuestra Empresa y poniéndolo a su disposición. Por otra parte, la Empresa se reserva las acciones legales que correspondan frente a sus actuaciones, así como para el resarcimiento de los daños que la Empresa ha experimentado derivado de sus actuaciones.

Atentamente,

Le agradeceré que devuelva copia firmada del presente escrito a los únicos efectos de dejar constancia de su efectiva entrega y recepción.

D. Severino

Director Comercial Delegaciones

Recibí: el trabajador

Diligencia Testifical para el caso de que el trabajador no acepte firmar como recibí la copia de la presente carta y al objeto de acreditar que le ha sido ofrecida y notificada legalmente."

5º.- El demandante no quiso firmar el recibí de la carta de despido ni la liquidación ofertada por la empresa en fecha 25-2-2013 (documentos nº 16 y 17 de la prueba de la empresa).

6º.- El demandante no tuvo la condición de representante legal de los trabajadores ni representante sindical.

7º.- El actor interpuso la papeleta de conciliación por despido el día 7-3-2013 y se celebró el acto de conciliación en el SMAC el 27-3- 2013, sin avenencia (folio 18 de autos)».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos DESESTIMAR y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de REPSOL DIRECTO S.A. contra la sentencia dictada en 30.10.2014 por el Juzgado de lo Social nº 29 de los de Madrid en sus autos 480/2013, confirmando íntegramente la misma. Se condena en costas 400 € para el letrado del actor que ha impugnado el recurso. Dése a las cantidades depositadas y consignadas para recurrir el destino legalmente previsto».

Con fecha 16 de diciembre de 2015, se dictó auto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando el recurso de aclaración interpuesto por el letrado del demandante y desestimando el de subsanación y complemento interpuesto por la Letrada de REPSOL DIRECTO S.A., ambos respecto de la sentencia nº 802/2015 dictada el 14.10.2015 por este Tribunal resolviendo el recurso de suplicación núm. 414/2015, debemos corregir y corregimos la misma en el sentido de que la condena en costas impuesta en la misma a la Entidad demandada REPSOL DIRECTO S.A., de pagar 400 euros lo es en concepto de abono de los emolumentos profesionales del Letrado del demandante causados con motivo de la impugnación de realizó del recurso de suplicación presentado por aquella Entidad mercantil que ha sido desestimado. Manteniendo en todo lo demás la sentencia ahora aclarada que es suficiente en sus propios términos sin necesidad de ser subsanada ni complementada. Se condena a la Entidad REPSOL DIRECTO S.A. a abonar al Letrado del demandante la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios profesionales causados por la impugnación del recurso de subsanación de la sentencia que se ha desestimado en este Auto».

Con fecha 27 de enero de 2016, se dictó auto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Ha lugar a subsanar, el auto de fecha 16.12.2015 antes mencionado en lo que se refiere a la condena en costas a la parte recurrente para que abonara al letrado de la parte demandante 400€ en concepto de honorarios profesionales causados por la impugnación del recurso de subsanación de la sentencia que fue desestimado, que se deja sin efecto y se anula lo referente a la susodicha condena en costas».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Muñoyerro del Olmo en representación de la mercantil Repsol Directo, S.A., mediante escrito de 12 de febrero de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 5 de marzo de 2009 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio de 2003 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 9.3 de la Constitución Española , en relación con lo dispuesto en el art. 24.1 de dicha Carta Magna , y con lo dispuesto en los arts. 85.1 , 80.1 c) y 104.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social y arts. 400.1 , 412.1 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 15 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 27 de febrero de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión que plantea el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la declaración de improcedencia del despido en razón a la alegación de carencia de un requisito formal, introducida en el acto del juicio oral, constituye una variación sustancial de la demanda.

1. El supuesto litigioso.

A) El demandante ha venido prestando servicios para la empresa REPSOL DIRECTO SA, con una antigüedad del contrato de trabajo reconocida desde el 1 diciembre 1995 y categoría profesional de comercial.

B) El 30 de enero de 2013 la empresa conoce que un cliente ha abonado determinada factura mediante un cheque al portador (por importe de 9.899,96 €), entregado al actor el 26 de enero de 2012.

El trabajador ingresa el cheque en su propia cuenta bancaria (oficina de La Caixa, en Collado Mediano) y lo oculta, incluso en varias reuniones y en los procesos internos de la empresa en los que se trató el modo de gestionar el recibo de esa factura. Posteriormente, antes de que el cobro pasase a la fase judicial, en el mes de diciembre de 2012, hizo dos imposiciones en efectivo a través de ventanilla de aquella oficina de la Caixa a favor de REPSOL DIRECTO SA, por importes de 5.650 y 500 euros, respectivamente.

El siguiente suministro de gasóleo a la citada mancomunidad en el mes de marzo de 2012, cuyo importe ascendió a 11.200 euros, lo gestionó el actor a través de otra distribuidora denominada GASOGU (GASOMAD ENERGIA SL) y no a través de Repsol Directo SA.

C) En función de tales hechos la empresa comunica al actor su despido disciplinario mediante carta de fecha 25 de febrero de 2013 y efectos de la misma fecha.

2. La sentencia recurrida.

A) El trabajador impugna su despido y el Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid dicta sentencia declarando su carácter improcedente. Frente a ello formula recurso de suplicación y recae la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de fecha 14 de octubre de 2015 (rec 414/2015), que lo desestima.

B) La sentencia coincide con la de instancia al exponer que "la alegación del incumplimiento de la forma legal o convencionalmente establecida en el procedimiento sancionador no es un hecho nuevo que sea constitutivo de una modificación sustancial de la demanda que vulnere el art. 85.1 de la LRJS . Por el contrario, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de la alegación en juicio de la falta de forma del despido disciplinario como causa de improcedencia del mismo, dado que la forma es requisito esencial para la validez de aquel, siendo carga probatoria de la empresa acreditar su cumplimiento y con esa manifestación no se altera el petitum contenido en el suplico de la demanda."

Y aplica seguidamente la doctrina de la STS 15 mayo 2012 (rec. 2329/2011) en orden a la improcedencia del despido cuando en su forma no se ajusta a los requisitos legalmente exigidos -notificación por escrito haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos- o los que en su caso se establecieron por vía convencional.



C) Por autos de fechas 16 de diciembre de 2015 y 27 de enero de 2016, la sala de Madrid resuelve los recursos de subsanación y complemento de la sentencia ahora impugnada. En primer lugar, corrige la misma en el sentido de que la condena en costas impuesta en la misma a la Entidad demandada REPSOL DIRECTO S.A., de pagar 400 euros, lo es en concepto de abono de los emolumentos profesionales del Letrado del demandante causados con motivo de la impugnación de realizó del recurso de suplicación presentado por aquella Entidad mercantil que ha sido desestimado, manteniendo en todo lo demás la sentencia aclarada que entiende suficiente en sus propios términos sin necesidad de ser subsanada ni complementada. Y condena a la mercantil al abono de 500 euros en concepto de honorarios profesionales causados por la impugnación del recurso de subsanación de la sentencia aclarada. En el segundo auto subsana el anterior en lo que se refiere esta condena en costas, anulando lo referente a la misma.

3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Recurre en casación unificadora la mercantil REPSOL DIRECTO. Su escrito lo estructura en dos motivos, habiendo desistido del segundo mediante escrito de fecha 14.04.2016.

En el subsistente denuncia la vulneración de los arts. 9.3 y 24.1 CE ; 85.1 , 80.1.c) y 104.b) LRJS ; arts. 400.1 , 412.1 y 218.1 LEC , en relación con la jurisprudencia acerca de la imposibilidad de introducir en juicio alegaciones sorpresivas (STS 23 junio 2014, rec. 1766/2013), so pena de incurrir en variación sustancial de la demanda. Cuestiona así mismo la exigencia de incoación de expediente disciplinario.

Selecciona de contraste la sentencia del TSJ Castilla La Mancha (rec 1428/2008).

B) Con fecha 2.11.2016 se presenta escrito de impugnación al recurso. Señala que no concurre la necesaria contradicción, que no existió variación sustancial de la demanda en el acto del juicio y que la normativa convencional de cobertura -Convenio Colectivo de Empresas de Comercio al por Mayor e Importadores de Productos Químicos Industriales, Droguería, Perfumería y Afines- sí que recoge la obligatoriedad de tramitar expediente disciplinario.

C) Dando cumplimiento a lo previsto en el art. 226.3 LRJS , con fecha 19.12.2016 emite su Informe el Ministerio Fiscal, entendiendo improcedente el recurso.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

1. Exigencia legal y jurisprudencial.

A) El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTs 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTs 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata (SSTs 09/12/10 -rcud 831/10 -; 30/01/12 -rcud 2720/10 -; y 19/03/13 -rcud 2334/12 -, entre otras).

2. Examen de la sentencia referencial.

A) Como queda dicho, la resolución seleccionada para contraste es la STSJ Castilla La Mancha de 5 de marzo de 2009 (Rec. 1428/2008).

Consta en dicho asunto que la empresa solicita al trabajador (representante legal), por escrito, que justificara en el plazo de 72 horas las cantidades que incorporó en el programa de gestión y control y por la que en su nómina había percibido durante dos meses 798,45 euros (era inspector de seguridad con clave de acceso para grabar incidencias). Le remite carta de despido disciplinario tres meses más tarde, por haber incorporado incidencias en su propia nómina sin la autorización previa y necesaria del superior jerárquico.

El actor fue dado de alta como usuario del programa donde se cargan las incidencias de las nóminas.

B) En instancia se declara la improcedencia del despido. La sentencia de suplicación declara la nulidad de las actuaciones, por entender que existe un vicio de incongruencia *extra petita*, ya que en la sentencia de instancia se acogieron hechos nuevos introducidos sorpresivamente en el acto de juicio y relativos a la falta de incoación del expediente contradictorio, que llevaron a la declaración de improcedencia del despido.

C) De lo expuesto se desprende que concurre la contradicción entre las sentencias comparadas, al ser idénticas las pretensiones y circunstancias concurrentes, a pesar de lo cual las sentencias llegan a pronunciamiento dispar.

Nos encontramos con sendos despidos disciplinarios, en los que, en el acto de la vista se introduce una cuestión nueva que altera la causa de pedir. En ambos casos se trata del incumplimiento de un requisito formal (en un caso la falta de expediente contradictorio, y en otro, la omisión de audiencia y contradicción en un expediente previo conforme a la norma convencional aplicable). No es óbice, por ende, la alegación del impugnante acerca de que en la de contraste el actor era representante de los trabajadores. En ambos casos la consideración de la nueva alegación conduce a la estimación de la demanda por la sentencia de instancia; finalmente, en ambos casos se hace constar que se alegan hechos novedosos, constitutivos de una variación sustancial de la demanda. Las respuestas de las Salas de suplicación han sido contradictorias.

Procede, a la vista de lo expuesto admitir el recurso por existencia de contradicción en la cuestión procesal planteada, en los términos exigidos por el art. 219 LRJS.

TERCERO.- Doctrina de la Sala.

Las consecuencias de alterar los términos de la demanda han sido abordados, entre otras, por las SSTS 354/2016 de 28 abril (rcud. 3229/2014); 420/2017 de 11 mayo (rec. 191/2016) y 884/2017 de 15 noviembre (rec. 232/2016):

"El examen del recurso requiere partir del análisis de los requisitos exigidos por el artículo 80 LRJS en cuanto al contenido de la demanda, cuyo apartado 1. c) especifica que habrá de contener necesariamente "la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquéllos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas", añadiendo el mentado precepto que "en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación de aquéllas". Ello queda corroborado en el artículo 85 LRJS que aborda la actuación procesal de demandante y demandado en el acto de juicio y especifica respecto al primero que el demandante "ratificará o ampliará su demanda aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial", constituyendo esta previsión la manifestación del principio de igualdad de armas que ha de regir en todo proceso laboral, integrado dentro del derecho a un proceso con todas las garantías aún cuando no se mencione expresamente en el texto constitucional, y vinculado al derecho a no sufrir indefensión (STC 226/2000).

Dichos mandatos normativos son plenamente adecuados y responden a la doctrina constitucional que respecto a la alteración sustancial de los elementos del juicio (causa petendi y petitum) ha configurado el Tribunal Constitucional, y que comporta como consecuencia que el fallo jurisdiccional debe ajustarse a los términos en que las partes formulan sus pretensiones, adecuación que debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre (SSTC 88/1992 y 280/1993) siendo evidente que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable u otras las consecuencias de la aplicación de la misma, ello no le permite en modo alguno modificar la "causa petendi" y, a través de ella, alterar de oficio, el contenido de la acción ejercitada (SSTC 144/1991 , 166/1993 y 122/1994). Esta congruencia de la resolución judicial es, por otro lado, plenamente compatible con el principio "iura novit curia" que implica que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso. En efecto,

una cosa es que el órgano judicial aplique la norma que proceda o la interpretación correcta de la misma, con independencia de que ambas hayan sido alegadas por la parte y otra bien diferente que, si tras haberse ejercitado una acción con un contenido delimitado y producido una defensa frente a ella, el órgano judicial estimase otra acción u otro contenido diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el "thema decidendi" vulnerando el principio de contradicción en el proceso (STC 224/1994).

Ello implica que todas las manifestaciones novedosas hechas en el proceso después de la demanda y la contestación deben tenerse por no formuladas y tienen que quedar fuera del proceso, por cuanto lo contrario supondría dejar en indefensión a la otra parte, a la que se habría privado de la oportunidad de debatir y de defenderse sobre el elemento o variación introducida en el "thema decidendi", vulnerando con ello el principio de contradicción. Así lo ha entendido la propia Sala que ha sostenido que para que pueda apreciarse una variación sustancial de la demanda es preciso que la modificación que se propone, por afectar de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se funda, introduzca un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible, a su vez, de generar para la parte demandada una situación de indefensión (SSTs de 17 de marzo de 1988 y de 9 de noviembre de 1989). Igualmente, hemos afirmado que la alteración del objeto contenido en la demanda debe abordarse con cautela para evitar situaciones de indefensión; si se realiza en el acto del juicio y la parte afectada lo interesa habrá que acordar su posposición; pero si se lleva a cabo en la fase de conclusiones es evidente que ya no cabe posibilidad alguna de reconducir el proceso. (STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 60/2015)."

"Aplicada esta doctrina al supuesto enjuiciado, teniendo en cuenta cuanto queda dicho, y que la sentencia recurrida rechaza la tesis sostenida en el escrito de demanda para la declaración de improcedencia del despido de que fue objeto la demandante, para estimar en definitiva la ampliación introducida que pasa a configurar como causa petendi de su pretensión alegada extemporáneamente, después de la configuración de la posición de las partes y contestación de la demanda, habida cuenta de la inversión en el orden de intervención de las partes que ordena el art. 105.1 LRJS, del que resulta que ya no había trámite para que la demandada pudiera oponerse, se impone la estimación del recurso en pues no tuvo la demandada oportunidad de una contestación formal y en su caso proposición de prueba oportuna, lo cual es causa de indefensión a la demandada.

La estimación del motivo se efectúa de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que afirma con apoyo en los arts. 108.1 de la LRJS y art. 55.4 ET que, aunque corresponda al juez la calificación del despido, y tal calificación sea la de improcedencia cuando la empresa no hubiera cumplido los requisitos de forma establecidos en el art. 55.1 ET, ello no le autoriza a aportar de oficio los hechos que sustentarían esta calificación de improcedencia, ni tampoco permitir que tales hechos se aporten de forma extemporánea por las partes, por estar ello vedado por las disposiciones legales y es contrario a la tutela judicial efectiva.

CUARTO.- Resolución del recurso.

A) Elementales razones de seguridad jurídica nos llevan a trasladar a este caso la doctrina reseñada. Su aplicación exige adoptar igual conclusión estimatoria del recurso en aras de evitar o corregir la indefensión causada a la parte impugnante.

No obstante, la solución final se mostrará divergente a la alcanzada en el precedente pronunciamiento, en tanto que ni la sentencia de instancia ni la dictada en suplicación abordaron el tema material objeto de la demanda. Ambas resoluciones fijaron un exclusivo debate: el atinente al incumplimiento de las exigencias convencionales formales para llevar a efecto el despido disciplinario en cuestión. En el mismo sentido lo corroboró el auto de subsanación emitido por la Sala de suplicación al dar una respuesta negativa al recurso de la mercantil que postulaba el complemento de la sentencia en los puntos relativos a la errónea interpretación del precepto convencional y a la procedencia del despido.

B) A la vista de cuanto antecede, hemos de declarar la nulidad de lo actuado desde el momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia de instancia a fin de que por la Magistrada se emita nueva resolución en la que resuelva las pretensiones deducidas en demanda, con exclusión, por ende, del motivo formal alegado en el acto del juicio oral.

A tal efecto también hemos tenido ocasión de precisar que el juego del principio *narra mihi factum dabo tibi ius* no es ilimitado, en línea con lo argumentado por el TC. En el caso de autos su aplicación resulta inadecuada, so pena de infringir las previsiones del art. 24 CE, puesto que no se contempló en la instancia el debate acerca de la procedencia o improcedencia del despido del actor desde la perspectiva acotada en demanda, ni tampoco el análisis de la prescripción entonces invocada.

C) El artículo 228.2 LRJS dispone que *Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con*

pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Repsol Directo, S.A., representada y defendida por la Letrada Dña. María Cristina Muñozerro del Olmo.
- 2.- Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de octubre de 2015 -aclarada por Autos de 16 de diciembre de 2015 y 27 de enero de 2016-, dictada en el recurso de suplicación nº 414/2015 , interpuesto frente a la sentencia de 30 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid , autos nº 480/2013 seguidos a instancia de D. Ignacio contra dicho recurrente, sobre despido.
- 3.- Retrotraer actuaciones y devolver los autos al Juzgado de lo Social de procedencia para que, con libertad de criterio, dicte una nueva sentencia en la que resuelva las pretensiones deducidas en demanda, con plena libertad de criterio.
- 4.- Ordenar la devolución del depósito y de las consignaciones o aseguramientos efectuados, en su caso, por la empresa recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.