

## LA VARIACIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMANDA EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Almudena Jiménez Batista  
Abogada laboralista  
Cuatrecasas

### *Abstract*

La demanda, como escrito iniciador del procedimiento judicial, juega un papel fundamental en la configuración del objeto de la *litis*. Por ello, aun cuando la Ley permite que en el acto de juicio la demanda pueda ser ampliada, en ningún caso puede incurrirse en una “variación sustancial”. Sin embargo, en la jurisdicción social, con cierta frecuencia el trámite de ratificación (e, incluso, ampliación) de la demanda se convierte en una mutación de la misma, generadora de indefensión para el demandado, quien ha preparado su defensa en base al contenido del escrito de demanda. Dado que el concepto de variación sustancial no está definido legalmente, el objeto del presente artículo es analizar los elementos identificadores de dicha “sustancialidad” a la luz de la doctrina judicial existente, así como fijar las vías procesales existentes para combatirla.

*The complaint is the initial document filed to commence legal action. As such, it plays an essential role to determine the subject matter of the claim. Therefore, although Spanish Law allows the parties to amend the complaint, in no event can this document be the complaint “substantially modified”. Nevertheless, the ratification (or even, amendment) of the complaint before the relevant courts often becomes a modification of the complaint, leaving the defendant, who has prepared the case based on the initial complaint, without legal defense. Since the concept of substantial modification is not defined by Law, the purpose of this article is to analyze the elements which determine what is a “substantial” modification in light of existing case-law, as well as to identify the procedural tools to contest it.*

IUSLabor 2/2019, ISSN 1699-2938, p. 104-130  
DOI. 10.31009/IUSLabor.2019.i02.06

*Title: Substantial modifications of the complaint in employment-related actions.*

Palabras clave: variación sustancial demanda, indefensión, incongruencia, jurisdicción social, proceso laboral.

*Keywords: substantial variation of the complaint, defenselessness, inconsistency, labor jurisdiction, labor procedure.*

### *Sumario*

1. Concepto y regulación de la variación sustancial de la demanda
2. Elementos identificadores de la “sustancialidad” de la variación
  - 2.1 Que se modifique el *petitum* o la *causa petendi*
  - 2.2 Que el hecho deba ser conocido o no por la parte demandada y que sea objeto de debate en juicio
  - 2.3 Que no se haya podido aportar prueba por la parte demandada
  - 2.4 Que se trate de una “ampliación”, no una concreción o limitación del debate ni de una “rectificación”
  - 2.5 Que se trate de hechos o pretensiones, no de fundamentación jurídica
  - 2.6 Que sea alegado por la parte actora
3. Vías procesales para combatir la variación sustancial, en función de la fase en que se produce
  - 3.1 Antes de iniciar la vista oral
  - 3.2 Durante el desarrollo del juicio
  - 3.3 Estimación en sentencia
  - 3.4 Durante la fase de recurso
4. Consideraciones finales
5. Bibliografía

## 1. Concepto y regulación de la variación sustancial de la demanda

La variación sustancial de la demanda está regulada el artículo 85.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en los mismos términos en los que estaba contemplada en la derogada Ley de Procedimiento Laboral.

Dicho precepto establece que, en la celebración del acto del juicio, *“el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial”*.

Por tanto, la normativa prohíbe realizar una “variación sustancial”, pero no ofrece una definición de tal concepto. Ante la falta de definición legal, los tribunales han venido entendiendo que es aquella que *“afecta de forma decisiva a la configuración de la pretensión recitada o a los hechos en los que ella se funda”*, introduciendo con ello *“un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a la vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión”*<sup>1</sup>.

La prohibición de la variación sustancial de la demanda tiene su origen en el “derecho a no sufrir indefensión” en el desarrollo del proceso, dirigido a garantizar la posibilidad de las partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca<sup>2</sup>, esto es, garantizando el principio de igualdad de armas ha de regir en el proceso laboral<sup>3</sup>.

Por tanto, entran en conflicto el derecho a no sufrir indefensión por la parte demandada (con la introducción de un elemento nuevo de debate) y el derecho de la parte actora a alegar cuanto estime oportuno para la adecuada defensa de sus intereses. Téngase en cuenta que el artículo 85.1 LRJS no prohíbe la ampliación de la demanda, sino sólo aquella que, bien por su entidad o por su relevancia, constituya una alteración “sustancial” de la demanda.

## 2. Elementos identificadores de la “sustancialidad”

En el acto de juicio, el demandante se ratificará en su demanda o la ampliará, sin incurrir en ningún caso en variación sustancial. La cuestión clave es determinar qué se entiende por el adjetivo “sustancial”, ya que se trata de una cuestión muy casuística.

---

<sup>1</sup> STS, 4ª, 22/05/2015 (Rec. 70/2014) y 10/04/2014 (Rec. 154/2013).

<sup>2</sup> STS, 4ª, 22/05/2015 (Rec. 70/2014), 30/04/2014 (Rec. 213/2013) y 15/11/2012 (Rec. 3839/2011).

<sup>3</sup> STS, 4ª, 27/02/2018 (Rec. 689/2016) y 15/11/2017 (Rec. 232/2016).

Del análisis de la jurisprudencia existente pueden destacarse los siguientes elementos como los más relevantes a la hora de determinar si una variación es sustancial o no:

### 2.1. *Que se modifique el petitum o la causa petendi*

Con carácter general, se considera que la modificación en la *causa petendi* o causa de pedir supone una variación sustancial de la demanda, máxime si implica, además, una modificación del suplico.

#### a. Alegaciones sobre vulneración de derechos fundamentales, fraude de ley o vicio en el consentimiento

Ejemplos claros de este tipo de variación son las alegaciones en juicio de determinados extremos (por ejemplo, la vulneración de derechos fundamentales<sup>4</sup>, discriminación<sup>5</sup>, la existencia de fraude de ley o abuso de derecho<sup>6</sup>) que conlleven la declaración de nulidad de una medida, cuando en demanda únicamente se solicitaba que ésta se declarase injustificada (o improcedente en el caso de despido). En estos supuestos, dado que las consecuencias jurídicas de una y otra calificación son extremadamente diferentes, la modificación introducida en el acto de juicio adquiere la calificación de sustancial.

Asimismo, se ha considerado variación sustancial la alegación de vicio en el consentimiento en el acuerdo alcanzando en el periodo de consultas (ya sea en un procedimiento de un despido colectivo o modificación sustancial de condiciones de trabajo), aun cuando no se solicite la nulidad de la medida, pero sí del pacto firmado<sup>7</sup>. Debe tenerse en cuenta a estos efectos la relevancia que tiene a la hora de enjuiciar las causas la existencia de un acuerdo en el periodo de consultas<sup>8</sup>.

De hecho, cuando la base de tal alegación es la vulneración de un derecho fundamental, es pacífico que supone una variación sustancial, en tanto que incluso afecta al procedimiento, dado que: (i) debería haberse seguido el especial de tutela de

---

<sup>4</sup> SAN 27/04/2016 (núm. 71/2016), STS 23/06/2014 (Rec. 1766/2013), STSJ Castilla y León 18/09/2006 (Rec. 1446/2006) y STSJ Cataluña 22/12/2006 (núm. 9150/2006).

<sup>5</sup> SAN 10/04/2014 (núm. 74/2014).

<sup>6</sup> STS, 4ª, 11/12/2013 (Rec. 84/2013).

<sup>7</sup> SAN 24/01/2017 (núm. 5/2017).

<sup>8</sup> En el procedimiento de modificación sustancial se presumirá su concurrencia *ex* artículo 41.4 ET. Aun cuando no existe la misma previsión normativa para el supuesto de despido colectivo, los Tribunales dan un especial valor a la existencia del citado acuerdo a la hora de enjuiciar la concurrencia de las causas. En este sentido es destacable la STS 02/07/2018 (Rec. 2250/2016).

derechos fundamentales ex artículo 178 LRJS<sup>9</sup>, (ii) afecta a la distribución de la carga de la prueba ex artículo 181.2 LRJS y (iii) resulta preceptiva la citación del Ministerio Fiscal<sup>10</sup>.

b. Alegaciones sobre el procedimiento formal de una medida

Sin embargo, ha sido más controvertido el carácter sustancial de la alegación sorpresiva de la falta de cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales en una determinada medida. Así, por ejemplo, la alegación en el acto de juicio de la falta de entrega de copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores no había tenido una respuesta uniforme por parte de la doctrina de suplicación<sup>11</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha unificado doctrina en su sentencia de 28/04/2016 (Rec. 3229/2014), concluyendo que sí supone una variación sustancial de la demanda (aunque en el caso allí analizado se produjo la alegación en fase de conclusiones)<sup>12</sup>. A pesar de ello, parece extrapolable esa conclusión –aún en el caso de que se hubiese realizado en fase de alegaciones– dado que el Alto Tribunal considera que “*los requisitos relativos a la extinción del contrato por causas objetivas no son cuestiones que afecten al orden público procesal sobre las que el órgano judicial deba actuar de oficio*”, sino que “*son exigencias normativas que requieren una actuación concreta del empresario cuya omisión puede ser reclamada de contrario y que exige de la oportuna prueba que lleve a la convicción del juez su cumplimiento o su omisión*”. Por tanto, será necesario que conste en demanda para que el empresario pueda acudir al juicio con prueba suficiente para defenderse de dicho extremo.

Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que el Tribunal Supremo<sup>13</sup> ha llegado a la misma conclusión –existencia de variación sustancial– en relación con la alegación novedosa en el acto de juicio de la falta del trámite del expediente contradictorio en despidos disciplinarios.

---

<sup>9</sup> STS, 4ª, 23/06/2014 (Rec. 1766/2013).

<sup>10</sup> SAN 27/04/2016 (núm. 71/2016).

<sup>11</sup> Las STSJ Andalucía 24/04/2014 (Rec. 354/2014) y 23/05/2013 (Rec. 461/2013) consideraron dicha alegación como una variación sustancial de la demanda. Sin embargo, la STSJ Cataluña 14/02/2012 (Rec. 6705/2011) llega a la conclusión contraria, argumentando que se trata de un requisito formal del despido cuyo incumplimiento puede ser apreciado de oficio y para la STSJ Cantabria 14/02/2017 (Rec. 8/2017) tampoco adquiere el carácter de sustancial, cuando la demanda ya cuestionaba el cumplimiento de los requisitos formales del despido.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, STSJ Extremadura 08/06/2017 (Rec. 296/2017).

<sup>13</sup> STS, 4ª, 08/02/2018 (Rec. 129/2016) y 27/02/2018 (Rec. 689/2016).

En la mayoría de supuestos en los que se cuestiona una determinada formalidad – máxime si es causa de declaración de nulidad–, suele apreciarse el carácter sustancial de la alegación. Así, por ejemplo, se ha considerado sustancial alegar en el acto de juicio que el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas está viciado de nulidad por haberse negociado por centros de trabajo y no de forma unitaria<sup>14</sup>, la existencia de irregularidades en las votaciones del referéndum que tuvo lugar en el marco de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>15</sup>, cuestionar el cauce procedimental seguido por la empresa para implementar una medida<sup>16</sup> o la superación de umbrales del despido colectivo cuando en demanda se solicitaba únicamente la declaración de improcedencia del despido<sup>17</sup>.

### c. Alegaciones sobre las condiciones de las partes

También se ha considerado modificación sustancial de la demanda la alegación en el acto de juicio de hechos claves vinculados a la condición del demandante, como puede ser la afiliación a un sindicato como motivo para sustentar la nulidad del despido<sup>18</sup> o la situación de embarazo de la actora en un procedimiento de despido, en la medida que la estimación de la demanda implicaría la nulidad del despido ex artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET) en lugar de la improcedencia<sup>19</sup>.

Por otro lado, se ha considerado sustancial la modificación de la causa por la que han sido llamadas las empresas demandadas al procedimiento, cuando en la demanda constaba que era la existencia de una sucesión de empresas y posteriormente se alega la existencia de grupo de empresas a efectos laborales o patológico<sup>20</sup>. Por tanto, las razones que justifican la condición de demandado han sido alteradas sustancialmente.

---

<sup>14</sup> STS, 4ª, 22/05/2015 (Rec. 70/2014) y SAN 06/09/2013 (núm. 158/2013).

<sup>15</sup> SAN 13/03/2013 (núm. 43/2013), confirmada por STS 02/07/2014 (Rec. 241/2013).

<sup>16</sup> SAN 20/01/2014 (núm. 5/2014) y 09/01/2018 (núm. 23/2018), en supuestos en los que se alegó en el acto de juicio que la empresa debió seguir el procedimiento establecido en el artículo 82 ET y no el del 41 ET.

<sup>17</sup> STSJ País Vasco 12/03/2015 (Rec. 438/2014).

<sup>18</sup> STSJ Navarra 25/04/2018 (Rec. 62/2018).

<sup>19</sup> STSJ Madrid 06/11/2015 (Rec. 640/2015).

<sup>20</sup> STSJ Andalucía 23/11/2017 (Rec. 248/2017).

## d. Alegaciones que impliquen la transformación de la acción

Igualmente, es sustancial la modificación del *petitum* cuando se transforma una acción declarativa (reconocimiento de derecho) en una de condena (abono de cantidades adeudadas)<sup>21</sup>.

## e. Alegaciones que impliquen una ampliación o concreción de la cuantía reclamada

Sin embargo, otras alteraciones del *petitum* se han considerado como modificaciones no sustanciales por no causar indefensión a la parte demandada, siendo la indefensión uno de los requisitos necesarios para que pueda apreciarse una vulneración del artículo 85.1 LRJS<sup>22</sup>. Por ejemplo, no se considera sustancial reclamar en juicio “*la solicitud de pago de los intereses por cantidades salariales devengadas y no satisfechas puntualmente, al venir legalmente establecido por el invocado artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores*”<sup>23</sup>. Esta posición, de hecho, sería reforzada por la actual tesis del Tribunal Supremo que considera que “*tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex artículo 29.3ET- ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago (...) porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno*”<sup>24</sup>.

Tampoco es sustancial la ampliación de la cuantía reclamada “*cuando el objeto del litigio se refiere a percepciones económicas de devengo periódico y lo que se pretenda es la adición, al período inicialmente reclamado, del transcurrido hasta el momento de la celebración del juicio y por la misma causa de pedir*”.<sup>25</sup> Esta conclusión no sólo es aplicable a la reclamación de cantidad, sino también a la alegación del número de mensualidades impagas como motivo de rescisión de la relación laboral por impago de salarios ex artículo 50.1 b) ET<sup>26</sup>, en conexión con lo dispuesto en el artículo 26.3 LRJS<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> STSJ Galicia 25/10/2017 (Rec. 2093/2017). En dicho supuesto, la modificación se realizó por escrito.

<sup>22</sup> STS, 4ª, 27/02/2018 (Rec. 689/2016).

<sup>23</sup> STSJ Madrid de 18/04/1995 (Rec. 3163/1994). En términos similares: STSJ Cataluña 16/06/1998 (Rec. 8640/1997) y STSJ Castilla-La Mancha 23/12/2003 (Rec. 556/2002).

<sup>24</sup> STS, 4ª, 24/02/2015 (Rec. 547/2014), 16/03/2017 (Rec. 117/2016) y 17/07/2018 (Rec. 2672/2017).

<sup>25</sup> STS, 4ª, 16/10/1990 (RJ 1990/7689), STSJ Cantabria 24/10/2012 (Rec. 799/2012). En el mismo sentido, STSJ Andalucía 08/02/2018 (Rec. 136/2017) y 18/07/2016 (Rec. 2058/2015), STSJ C. Valenciana 12/03/2012 (Rec. 2428/2011) y STSJ Madrid 14/06/2010 (Rec. 1007/2010).

<sup>26</sup> STS, 4ª, 23/02/2013 (Rec. 380/2012).

<sup>27</sup> “*Cuando para la acción de extinción del contrato de trabajo del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se invoque la falta de pago del salario pactado, contemplada en la letra b) del apartado 1 de aquel precepto, la reclamación salarial podrá acumularse a la acción*

Sin embargo, si no se tratase de un concepto de devengo periódico, la conclusión podría ser distinta. Por ejemplo, si lo que se reclama es un concepto retributivo de abono puntual, como puede ser un plus de domingos y/o festivos, en la medida que habrá que practicar prueba sobre qué días el trabajador prestó servicios en dichas circunstancias o su eventual compensación, no cabría admitir la ampliación en el acto de juicio del periodo reclamado, pues ello sí constituiría una variación sustancial de la demanda<sup>28</sup>.

Por último, tampoco se considera sustancial la modificación del *petitum* cuando ésta consiste en la cuantificación del concepto que se había reclamado en demanda<sup>29</sup>.

## 2.2. *Que el hecho deba ser conocido o no por la parte demandada y que sea objeto de debate en juicio*

A la hora de determinar si la variación es sustancial o no, también se tiene en cuenta si la cuestión introducida de forma novedosa en el acto de juicio es conocida por la parte demandada.

Lamentablemente, no existe un criterio pacífico sobre este aspecto puesto que en ocasiones se ha considerado que, siendo un hecho conocido por la parte demandada, no se genera indefensión y, en otros supuestos, que aun cuando era o debía ser conocido, la empresa no acudía al juicio con los medios de defensa necesarios para hacer frente a dicha cuestión novedosa.

Por tanto, es fundamental determinar si ha existido o no una merma de las posibilidades de la demandada de efectuar alegaciones y practicar prueba en defensa de sus intereses<sup>30</sup>.

Sin embargo, aun cuando efectivamente no exista una pauta clara, sí es un aspecto tenido en cuenta por el órgano judicial puesto que, si no es evidente que el hecho debía ser conocido por la empresa, es muy probable que la variación sea considerada como sustancial.

---

*solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas.”*

<sup>28</sup> STSJ Andalucía 19/01/2016 (Rec. 194/2015). En el mismo sentido, en relación con otros conceptos retributivos, la STSJ Madrid 21/03/2016 (Rec. 83/2016).

<sup>29</sup> STSJ Asturias 28/11/2014 (Rec. 2332/2014) y STSJ Madrid 30/06/2010 (Rec. 4681/2009).

<sup>30</sup> SAN 01/02/2017 (núm. 9/2017).



De hecho, si la cuestión finalmente es objeto de debate en juicio, en muchas ocasiones se ha entendido que no se produce indefensión y, por tanto, que no se vulnerado el artículo 85.1 LRJS<sup>31</sup>. Es más, existen resoluciones judiciales que consideran que existe una aceptación implícita por parte de la demandada a dicha variación cuando ésta orienta su defensa por otros cauces<sup>32</sup>.

La cuestión más delicada se produce en aquellos casos en los que el hecho sí debía ser conocido por la empresa. En tales supuestos, el elemento determinante radica en la posibilidad real de práctica de prueba para la defensa de sus intereses.

En este sentido es destacable la SAN de 28/06/2013 (núm. 138/2013), que declara expresamente que: *“por mucho que la empresa no pudiera desconocer que el criterio de selección utilizado se sustentaba en dichos resultados, porque lo implementó ella misma, sí que desconocía que en el juicio tendría que acreditar extremos sobre el funcionamiento del sistema, lo que la ha colocado en una posición de indefensión.”* Por tanto, en dicho supuesto, el hecho de no acudir con elementos de prueba sobre la cuestión alegada –aun cuando en sí misma era conocida por la demandada- determinó la calificación de la variación como sustancial.

Por el contrario, la Audiencia Nacional<sup>33</sup>, en otro supuesto en el que se impugnó un convenio colectivo, no consideró sustancial la alegación en juicio de que el acta de acuerdo del convenio no estuviera firmada por la mayoría del banco social, dado que el documento era *“forzosamente conocido”* por todas las partes y el documento constaba en Autos.

A la misma conclusión se llegó cuando el documento sobre el que se basó la alegación novedosa había sido elaborado por la empresa demandada y *“como autora [del mismo], debía conocer de su existencia y contenido”*<sup>34</sup> o cuando la empresa conocía sobradamente el argumento novedoso, al haber sido condenada en reiteradas ocasiones previamente sobre la misma cuestión respecto a otros compañeros<sup>35</sup>.

Cabe también mencionar que el TSJ de Madrid ha afirmado que *“no es válido el argumento de que el hecho nuevo es conocido por la empresa porque una cosa es que*

---

<sup>31</sup> STSJ Madrid 27/01/2014 (núm. 41/2014) y STSJ Andalucía 14/02/18 (Rec. 2087/2017).

<sup>32</sup> STSJ Cataluña 27/11/2012 (Rec. 4487/2011) y 13/02/2018 (Rec. 6560/2017).

<sup>33</sup> SAN 13/12/2004 (núm. 103/2004).

<sup>34</sup> STSJ Castilla y León 01/03/2018 (Rec. 2139/2017) en relación con la aportación por la actora de la carta de despido, cuando la demanda indicaba que no le había sido notificada comunicación escrita.

<sup>35</sup> STSJ Andalucía 06/07/2017 (Rec. 2690/2016).

*sea conocido y/o admitido y otra muy distinta acudir al acto del juicio preparado con argumentos y medios probatorios para responder a su alegación”.*<sup>36</sup>

### *2.3. Que no se haya podido aportar prueba por la parte demandada*

En línea con lo anterior, la jurisprudencia considera determinante para estimar la indefensión provocada por la alegación novedosa el hecho de que la parte demandada se haya visto impedida de aportar prueba sobre dicho extremo.

Así, en los casos en los que la empresa no ha podido acudir al juicio con prueba relacionada con las nuevas alegaciones realizadas en el acto de la vista, la variación suele considerarse sustancial y, por tanto, vulneradora del artículo 85.1 LRJS<sup>37</sup>.

Indudablemente, se considera una variación sustancial de la demanda cuando la alegación novedosa se produce en fase de conclusiones y, por tanto, habiendo precluido el trámite de aportación de prueba al acto de juicio<sup>38</sup>.

Sin embargo, si la prueba consta en Autos y se trata de un documento conocido por ambas partes<sup>39</sup> y, con mayor motivo, si ha sido aportado la parte demandada –ya sea de forma voluntaria<sup>40</sup> o por requerimiento judicial al haber sido solicitada de contrario<sup>41</sup>– podría concluirse que ya no cabe hablar de vulneración del artículo 85.1 LRJS.

### *2.4. Que se trate de una “ampliación”, no una concreción o limitación del debate ni de una “rectificación”*

Otro aspecto que se tiene en cuenta a la hora de determinar si se incurre o no en variación sustancial de la demanda, es si nos encontramos ante una ampliación o reducción del objeto de debate.

Aun cuando ello puede parecer evidente de la literalidad del artículo 85.1 LRJS, dado que expresamente indica que el demandante se ratificará o “ampliará” su demanda, sin incurrir en variación sustancial, ha sido también una cuestión debatida ante los

---

<sup>36</sup> STSJ Madrid 08/01/2015 (Rec. 399/2014). En el mismo sentido, la STSJ Madrid 21/03/2016 (Rec. 83/2016) ha reiterado que “*la intención de ampliar la demanda de modo sustancial no es supuesto que determine la suspensión del juicio*”.

<sup>37</sup> STS, 4ª, 11/05/2017 (Rec. 191/2016) y STSJ Madrid 08/01/2015 (Rec. 399/2014).

<sup>38</sup> STS, 4ª, 27/02/2018 (Rec. 689/2016), 11/05/2017 (Rec. 191/2016) y 28/04/2016 (Rec. 3229/2014).

<sup>39</sup> SAN 13/12/2004 (AS 2005/2736).

<sup>40</sup> STSJ Madrid 11/04/2014 (Rec. 57/2014).

<sup>41</sup> STSJ Madrid 27/04/2015 (Rec. 97/2015).

tribunales. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha dejado claro que debe tratarse de “una ampliación de la demanda realizada en la fase de alegaciones del juicio oral y no a una eliminación parcial del ámbito de afectados [puesto que] el demandante lo que hace es concretar el carácter general del suplico”<sup>42</sup>. En consecuencia, no se considera sustancial la variación consistente en limitar el ámbito subjetivo del conflicto enjuiciado<sup>43</sup>.

Así, la limitación del debate es entendida como una concreción y, por tanto, no generadora de indefensión.

A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, la reducción del ámbito subjetivo sí podría llegar a ser sustancial si ésta afecta a la competencia funcional del órgano judicial que debe resolver el litigio.

Por otro lado, la concreción –aunque no suponga una reducción– consistente en la cuantificación del concepto reclamado<sup>44</sup> o en la simple rectificación de un error<sup>45</sup>, no adquiere transcendencia suficiente como para ser considerada variación sustancial, puesto que no genera indefensión.

Ello, salvo que la citada modificación de la cuantía deba implicar la práctica de prueba distinta, como puede ser el carácter extraordinario o habitual del concepto que pretende añadirse. Así, por ejemplo, la alegación sorpresiva en el juicio de la inclusión de un concepto salarial nuevo como parte de la retribución de las vacaciones<sup>46</sup> se ha declarado como variación sustancial.

Sin embargo, no cabe confundir la rectificación con la modificación del importe reclamado en base a fundamentación distinta, pues ello sí implicaría una modificación de la *causa petendi*. Así, por ejemplo, una variación del salario en el acto de juicio, pasando de existir conformidad con el salario reflejado en las nóminas de la empresa, a reclamar uno superior en base a lo dispuesto en el convenio sectorial<sup>47</sup>, sí ha sido considerada sustancial, salvo cuando ya han existido pronunciamientos condenatorios previos sobre la aplicación del salario conforme a convenio<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> STS, 4ª, 22/03/2005 (Rec. 32/2004).

<sup>43</sup> STS, 4ª, 21/09/2010 (Rec. 223/2009) y 22/03/2005 (Rec. 32/2004).

<sup>44</sup> STSJ Asturias 28/11/2014 (Rec. 2332/2014).

<sup>45</sup> STS, 4ª, 30/04/2014 (Rec. 213/2013) y STSJ 13/02/2018 (Rec. 6560/2017).

<sup>46</sup> SAN 23/03/2017 (núm. 38/2017).

<sup>47</sup> STSJ Extremadura 26/01/2016 (Rec. 602/2015).

<sup>48</sup> STSJ Andalucía 06/07/2017 (Rec. 2690/2016).

Por otro lado, se ha declarado que no es sustancial la adición de una pretensión subsidiaria a la principal, cuando ambas tienen la misma causa de pedir, como es solicitar con carácter subsidiario el reconocimiento de un grupo profesional inferior al que se reclamaba con carácter principal<sup>49</sup> o la solicitud de declaración de una incapacidad en grado inferior al reclamado inicialmente<sup>50</sup>. Ello es coherente con el principio general de “quien pide lo más pide lo menos”<sup>51</sup>.

### 2.5. *Que se trate de hechos o pretensiones, no de fundamentación jurídica*

La modificación en el acto de juicio de la fundamentación jurídica no suele ser considerada como una variación sustancial de la demanda prohibida ex artículo 85.1 LRJS. El motivo principal es que las alegaciones jurídicas ni siquiera forman parte del contenido necesario de la demanda<sup>52</sup> de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.1 LRJS y, en principio, no impiden la adecuada defensa de la parte demanda, pudiendo la empresa rebatir adecuadamente los argumentos en el acto de juicio “*al no afectar a los hechos básicos de la pretensión ni a la posibilidades reales de alegación, defensa y prueba de la demandada*”<sup>53</sup> y “*los mecanismos probatorios de defensa no vienen referidos al derecho sino a los hechos de la litis*”<sup>54</sup>.

Ello, unido a que el cambio en la fundamentación jurídica “*además podía y debía haber sido apreciado en la sentencia de instancia en virtud del principio "iura novit curia"*”<sup>55</sup>.

Sin embargo, cuando la alegación de un argumento jurídico, como es la existencia de una condición más beneficiosa, implica un cambio sustancial en la defensa, respecto a la prueba que deba practicarse, sí se ha considerado sustancial<sup>56</sup>. También se ha considerado sustancial la alegación en juicio del carácter fraudulento de los contratos temporales suscritos (artículo 15.3 ET), cuando la única cuestión planteada en demanda se refería a la superación de los límites legales para la concatenación de

---

<sup>49</sup> STSJ C. Valenciana 19/09/2017 (Rec. 3583/2016).

<sup>50</sup> STS, 4ª, 11/12/2000 (Rec. 4429/1999) y TSJ Cantabria 21/11/2005 (Rec. 839/2005).

<sup>51</sup> STS, 4ª, 27/02/2018 (Rec. 2031/2016).

<sup>52</sup> STS, 4ª, 10/02/2017 (Rec. 1082/2015) y 15/02/2012 (Rec. 4262/2010), STSJ Andalucía 26/01/2007 (Rec. 2603/2006) y, STSJ Castilla y León 10/01/2005 (Rec. 2412/2004) y STSJ Cantabria 12/02/2003 (Rec. 79/2003).

<sup>53</sup> STSJ Castilla-La Mancha 11/07/2013 (Rec. 312/2013).

<sup>54</sup> STSJ Madrid 14/07/1998 (Rec. 2404/1998).

<sup>55</sup> STS, 4ª, 15/02/2012 (Rec. 4262/2010).

<sup>56</sup> STSJ Madrid 27/04/2017 (Rec. 168/2017).

contratos (artículo 15.5 ET)<sup>57</sup>, dado que hubiese requerido practicar prueba sobre la concurrencia de causa de temporalidad de cada contrato suscrito.

Por el contrario, el Tribunal Supremo<sup>58</sup> ya ha declarado que la alegación del actor en el acto de juicio de la prescripción de las faltas imputadas no supone una variación sustancial de la demanda, siempre que no se adicionen hechos determinantes de la prescripción. En la misma línea, la doctrina de suplicación posterior<sup>59</sup> reitera que, si en la demanda constan los datos cronológicos necesarios para deducir su articulación en juicio, no se incurre en variación sustancial, puesto que los “hechos” constan en la misma. Se incide en que los motivos de fondo jurídico, como puede ser la prescripción, esto es, la fundamentación jurídica de la pretensión no es un requisito de la demanda.

Más controvertida resulta la alegación en el acto de juicio de la eficacia del silencio administrativo positivo, dado que no existe un criterio pacífico. Mientras algunos tribunales consideran que no supone una variación sustancial, al tratarse de una cuestión jurídica (máxime cuando el organismo demandado es plenamente concededor del expediente administrativo)<sup>60</sup>, otros tribunales sí han considerado sustancial la modificación<sup>61</sup>.

## 2.6. *Que sea alegado por la parte actora*

Por último, entre los elementos identificadores de la “sustancialidad” de la variación, nos encontramos con uno que puede parecer el más evidente, pero que también ha llegado a los tribunales: que la inclusión del hecho novedoso sea realizada por la parte actora.

Así lo ha declarado de forma taxativa la STS, 4ª, 18/07/2005 (Rec. 1393/2004), dictada en Pleno de la Sala, estableciendo que la “*variación –sustancial o no– de la demanda no puede ser efectuada nunca por un tercero*” y, por tanto, en el caso enjuiciado (procedimiento de Seguridad Social), en el que la condena de la empresa fue solicitada por un codemandado (INSS), concluye que “*fue una alegación hecha*

---

<sup>57</sup> STSJ Castilla-La Mancha 19/07/2017 (Rec. 484/2017).

<sup>58</sup> STS, 4ª, 26/11/1996 (Rec. 1652/1996).

<sup>59</sup> STSJ Castilla-La Mancha 28/12/2018 (Rec. 700/2018), STSJ Madrid 19/02/2007 (Rec. 105/2007) y STSJ Cantabria 12/02/2003 (Rec. 79/2003).

<sup>60</sup> STSJ Castilla y León 01/06/2016 (Rec. 135/2016).

<sup>61</sup> STSJ Cataluña 24/10/2016 (Rec. 4102/2016), supuesto en el que la variación se produjo, además, en fase de conclusiones. STSJ Andalucía 09/06/2016 (Rec. 523/2016) y STSJ Madrid 12/05/2017 (Rec. 212/2017).

*en juicio por un codemandado, no legitimado para solicitar esa condena”, ciñendo el objeto de debate a lo planteado en demanda<sup>62</sup>.*

Asimismo, la Audiencia Nacional<sup>63</sup> ha precisado que, *“la intervención de los sindicatos en el proceso con base a lo dispuesto en el artículo 17.2 LRJS<sup>64</sup>, “es una intervención adhesiva y no autónoma, de modo que “su posición está subordinada a la del demandante y, aunque podrán hacer las alegaciones que tengan por conveniente e incluso proponer pruebas, lo que no podrán hacer es, mediante ninguno de esos dos mecanismos (alegaciones y pruebas), variar el contenido de la pretensión ni hacer modificaciones sustanciales a la demanda””*.

Por tanto, el objeto de debate debe ceñirse a los hechos contenidos en la demanda interpuesta por la parte actora y, valorar si la eventual variación de la misma es sustancial o no, sin que quepa que tales modificaciones sean introducidas por los codemandados o partes personadas, aun habiéndose adherido a la demanda.

### **3. Vías procesales para combatir la variación sustancial, en función del momento en que se produce**

Una vez identificados los aspectos esenciales que pueden determinar la calificación de la variación de la demanda como “sustancial”, resulta imprescindible analizar, desde el punto de vista del demandado, qué remedios procesales existentes para hacer frente a tal situación.

Ello dependerá fundamentalmente del momento procesal en el que se produzca la variación.

#### *3.1. Antes de iniciar la vista oral*

Antes del inicio de la vista oral, el Juez deberá resolver las cuestiones previas que puedan formularse en ese acto, así como los recursos u otras incidencias pendientes de resolución, *ex* artículo 85.1 LRJS.

---

<sup>62</sup> La sentencia contiene un voto particular que considera que la interpretación mayoritaria de la Sala limita los derechos de defensa de los codemandados (en este caso, el INSS).

<sup>63</sup> SAN 15/04/2015 (núm. 67/2015) y SAN 24/01/2017 (núm. 5/2017).

<sup>64</sup> Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

Por ello, en la práctica, durante esta fase previa a la vista, el Juez revisa los Autos, por ejemplo, para verificar que no haya ningún recurso de reposición pendiente de resolución e, incluso, en ocasiones, verifica la imposibilidad de llegar a un acuerdo (al no haberse alcanzado avenencia ante el letrado de la Administración de Justicia). Durante esta fase es común que las partes realicen ciertas manifestaciones relacionadas con el fondo del juicio y el Juez, en el marco de este diálogo previo, pueda percatarse de que no aparecen en la demanda.

Así sucede que el Juzgador, de considerar insuficiente el relato fáctico en relación con las cuestiones de fondo que –de manera informal– se han comentado antes de iniciar el juicio, acuerda la suspensión de la vista y emplaza a la parte actora para que aclare o complete su demanda.

Esta situación, pese a producirse con cierta habitualidad, no está prevista en nuestra normativa. De hecho, si la demanda no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 80.1 LRJS, en concreto en su apartado c) sobre *“la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas”*, debería haberse requerido al demandante, en el momento de su presentación, para que la subsanase dentro del plazo de cuatro días, como requisito previo a su admisión a trámite (*ex* artículo 81.1 LRJS<sup>65</sup>). Sin embargo, una vez admitida la demanda sin tal requerimiento, el órgano judicial ha considerado válida la demanda con los hechos –quizá sucintos– en ella contenidos. Es más, los casos más habituales en los que se procede a la suspensión del acto de la vista para la aclaración/ampliación de la demanda, no son relativos a hechos imprescindibles para la admisibilidad de la demanda (en cuyo caso, sí sería adecuada la verificación de los presupuestos de la demanda antes de iniciar la vista oral *ex* artículo 85.1 LRJS<sup>66</sup>), sino que se trata de hechos adicionales o argumentos que pudieron incluirse en el escrito de demanda, pero no se hizo.

---

<sup>65</sup> “El secretario judicial, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la demanda, dará cuenta al juez o tribunal, si entendiera que concurren los supuestos de falta de jurisdicción o competencia o, en otro caso, (...) resolverá sobre la admisión a trámite de aquella (...), o advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso, así como en relación con los documentos de preceptiva aportación con la misma (...), a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días.”

<sup>66</sup> “(...) Igualmente serán oídas las partes y, en su caso, se resolverá, motivadamente y en forma oral, lo procedente sobre las cuestiones que el juez o tribunal pueda plantear en ese momento sobre su competencia, los presupuestos de la demanda o el alcance y límites de la pretensión formulada, respetando las garantías procesales de las partes y sin prejuzgar el fondo del asunto.”

En este sentido, debe mencionarse que *“un órgano judicial no puede convertirse en parte a través de este artículo [80 LRJS], ya que debe limitarse a ponderar si la demanda contiene los hechos imprescindibles para decidir, que es a los que se deben anudar "defectos, omisiones o imprecisiones", ya que una cosa es la aceptabilidad procesal -que se basa en el cumplimiento de lo imprescindible- y otra, grado hiperbólico: lo sobresaliente, la excelencia o perfección procesal. Es decir, demandas imperfectas son aceptables procesalmente, si contienen los datos imprescindibles para decidir”*<sup>67</sup>.

De hecho, dicho trámite de subsanación está previsto para cuando se produce una omisión de requisitos formales (defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios), pero no para emplear el escrito de “aclaración” o subsanación para incurrir en una variación sustancial de la demanda<sup>68</sup>.

Por tanto, si la demanda contiene los hechos necesarios para su admisibilidad a trámite, no existe amparo legal para suspender el pleito para que se complete la demanda<sup>69</sup>.

A mayor abundamiento, si los argumentos o hechos adicionales mencionados por el demandante antes de iniciar la vista oral no son referidos a hechos nuevos o conocidos con posterioridad, tampoco serían admisibles por vulnerar lo dispuesto en el artículo 80.1 c) LRJS, que prohíbe la alegación en demanda de hechos distintos a los aducidos en conciliación o mediación<sup>70</sup>. De hecho, si se aprecia una variación sustancial entre el objeto de la vía administrativa o reclamación previa y el de la posterior demanda, el órgano jurisdiccional podría entender que no se ha cumplido el trámite preprocesal<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> STSJ Murcia 19/09/2008 (Rec. 436/2008).

<sup>68</sup> STSJ Galicia 25/10/2017 (Rec. 2093/2017).

<sup>69</sup> STSJ C. Valenciana 15/01/2015 (Rec. 2453/2014) expresamente recoge que *“conceder el plazo de cuatro días para que la actora determinara con claridad en que consistió el fraude de ley alegado”*, esto es, aclarando la demanda, no puede prosperar *“por carecer del más mínimo apoyo”*.

<sup>70</sup> A título de ejemplo, la STSJ C. Valenciana 13/12/2011 (Rec. 2700/2011) prevé: *“[El] objeto viene determinado por un petitum o pretensión y una causa petendi que no es otra que los hechos fundadores de la misma, y dichos hechos han de quedar fijadas no ya en el acto de la demanda sino en la conciliación o en la reclamación previa a la vía judicial, así el artículo 80.1 c) de la LPL proscrib[e] alegar en la demanda "hechos distintos a los aducidos en la conciliación o reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación de aquellas”*.

<sup>71</sup> MONJAS BARRENA, M., *El escrito de demanda en el proceso laboral ordinario*, Editorial Aranzadi, 2017.



Estos son algunos de los argumentos fundamentales a la hora de oponerse a la suspensión del juicio por esta causa, si la intención del demandado es tratar de impedir el debate sobre esas cuestiones en el marco del procedimiento.

De aquietarse a dicha variación, ya no será posible alegar posteriormente la concurrencia de un defecto de variación sustancial de la demanda<sup>72</sup>.

De hecho, la suspensión del juicio puede dar lugar a que una determinada cuestión - como puede ser la alegación de grupo de empresas a efectos laborales-, que pudiera ser desvirtuada de forma relativamente sencilla con la demanda inicial, se convierta, tras una ampliación de dicha demanda –presumiblemente detallada y concreta- en un extremo de especial complejidad de prueba en contrario.

A pesar de ello, la suspensión del acto de la vista es una práctica habitual que incluso algunos tribunales han considerado que debe ser solicitada por la parte actora como alternativa a realizar una variación sustancial de la demanda en el acto de juicio<sup>73</sup>.

### 3.2. Durante el desarrollo del juicio

Lo más habitual es que la variación sustancial de la demanda se produzca durante el desarrollo de la vista y, en concreto, en el momento de ratificación de la demanda.

Cuando se introduce por la parte actora un elemento novedoso de esta índole, cabe plantearse distintas opciones.

#### a. Solicitar la suspensión del acto del juicio

Al igual que ocurre en el caso de la suspensión antes del inicio de la vista, tampoco existe precepto alguno que ampare la solicitud de suspensión del juicio durante el desarrollo del mismo.

De hecho, la suspensión supone por sí misma una vulneración de los principios de inmediación, celeridad y concentración, que rigen en nuestro procedimiento laboral *ex* artículo 74 LRJS.

---

<sup>72</sup> STSJ C. Valenciana 13/03/2003 (Rec. 201/2003).

<sup>73</sup> STSJ Castilla-La Mancha 20/07/2017 (Rec. 669/2017): “*si era cierto que acababa de conocer ciertos datos, la parte demandante debió solicitar la suspensión del acto del juicio, para proveer una ampliación de la demanda, en los dos aspectos que se intentaban introducir*”.

STSJ País Vasco 09/05/2017 (Rec. 878/2017): “*Es evidente que la ampliación/variación planteada en la vista pudo ser planteada por escrito y de forma adecuada*”.

Sin embargo, es llamativo que algunos órganos judiciales consideren esta solicitud como una alternativa para evitar la indefensión del demandado, llegando incluso a afirmar que, si no se ha intentado, no puede pretenderse alegar posteriormente la indefensión generada. A tal conclusión llega, por ejemplo, la SAN de 13/12/2004 (núm. 103/2004) argumentando que *“ninguna de ambas partes codemandadas solicitó la suspensión del acto del juicio oral por, no ya «estar», sino por siquiera «sentirse» en situación de indefensión”*.

Sin embargo, tal y como ha concluido la sentencia del TSJ de Madrid de 08/01/2015 (Rec. 399/2014), no existe precepto procesal que imponga a la parte demandada la obligación de solicitar la suspensión del juicio ante la introducción de hechos nuevos en dicho acto, que, además, sería en todo caso potestativa judicial. En el mismo sentido, la Sala ha reiterado que *“la intención de ampliar la demanda de modo sustancial no es supuesto que determine la suspensión del juicio”*<sup>74</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo<sup>75</sup> parece dar la posibilidad a que la parte demandada solicite la suspensión del juicio, pero sin que ello implique un requisito que, de no cumplir, le pueda resultar perjudicial. El Alto Tribunal ha declarado así, en diversas ocasiones, 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<sup>76</sup> es evidente que ya no cabe posibilidad alguna de reconducir el proceso”*.

Por tanto, considero que solicitar la suspensión una vez iniciada la vista, con carácter general, no es una buena alternativa, dado que, no sólo es contrario a los citados principios procesales de inmediación, celeridad y concentración, sino que, en la práctica, la parte actora ya habrá tenido la oportunidad de conocer parte de la estrategia de defensa del demandado. Así, por ejemplo, si la parte demandada ya ha contestado a la demanda –lo que ocurrirá en casi todos los procedimientos en los que el orden de intervención esté invertido, como en el despido- Incluso puede la parte actora haber conocido ya los medios probatorios del demandado –haber visto a los testigos o, incluso, haberse intercambiado la prueba antes del inicio del juicio, que cada vez empieza a ser más frecuente cuando la prueba es voluminosa y los juicios

---

<sup>74</sup> STSJ Madrid 21/03/2016 (Rec. 83/2016).

<sup>75</sup> STS, 4ª, 27/02/2018 (Rec. 689/2016), 11/05/2017 (Rec. 191/2016), 28/04/2016 (Rec. 3229/2014) y 01/12/2015 (Rec. 60/2015).

<sup>76</sup> En este sentido, el artículo 87.4 LRJS prevé que las conclusiones deberán formularse oralmente, de forma concreta y precisa, *“sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda”*, por lo que tampoco es posible realizar variaciones sustanciales en esta fase procesal.

llevan retraso. Por tanto, la suspensión del juicio, una vez iniciada la vista, dará la oportunidad al demandante, no sólo de complementar su demanda, sino de obtener más elementos de defensa frente a las alegaciones de la parte demandada.

b. Formular protesta y alegar la existencia de indefensión

Para poder defender la existencia de indefensión generada por la variación sustancial realizada en el acto de juicio, resulta imprescindible formular protesta en el acto de juicio, de forma que conste en acta la oposición de la parte demanda, alegando de forma expresa la variación sustancial producida generadora de indefensión y, en consecuencia, la conculcación del artículo 85.1 LRJS y el artículo 24 de la Constitución Española (CE). En caso contrario puede considerarse que ha habido un consentimiento tácito a dicha variación<sup>77</sup>.

Este requisito es imprescindible para poder recurrir en suplicación, en caso de que la introducción del hecho novedoso haya tenido favorable acogida en sentencia<sup>78</sup>.

c. Contestar a las cuestiones nuevas (aun cuando sea de forma subsidiaria)

Siendo claro que debe formularse protesta, la cuestión más delicada estriba en si conviene contestar –con carácter subsidiario, para el caso de que el Juzgador considere que la variación no adquiere el carácter de sustancial–, a las cuestiones nuevas introducidas en el acto de juicio.

Como ya hemos visto en el apartado 2.2 del presente artículo, el hecho de que la parte demandada pueda contestar a las alegaciones nuevas realizadas por el actor es considerado en muchas ocasiones como un elemento para determinar la posible vulneración del artículo 85 LRJS. Por tanto, contestar a las alegaciones novedosas implica un mayor riesgo de que se considere que no se ha generado indefensión ni, por tanto, que se ha incurrido en una modificación sustancial de la demanda.

Por otro lado, no contestar a dichas cuestiones nuevas puede resultar perjudicial si no es claro el carácter sustancial de la variación, puesto que el Juzgador puede llegar a pronunciarse en sentencia sobre dicho extremo, sin haber realizado el demandado ninguna defensa –más allá de la protesta– al respecto.

---

<sup>77</sup> STSJ Andalucía 23/05/2013 (Rec. 461/2013) y STSJ Madrid 11/02/2008 (Rec. 5477/2007).

<sup>78</sup> Ver apartado 3.3.

Por tanto, será algo que habrá que valorar caso a caso, en función de las circunstancias concurrentes, dependiendo de si la parte demandada es conocedora de los hechos nuevos, si requieren o no práctica de prueba y, en tal caso, si se cuenta con ella o no.

En mi opinión, es recomendable, en primer lugar, tratar de que el Juez, en el mismo acto, impida continuar al actor con dicho alegato y/o la práctica de prueba sobre dicho extremo novedoso. En teoría, *“el juez compelido además por el principio de igualdad de armas, se verá obligado a rechazar que el debate se abra a hechos y pretensiones no fijados en demanda, cuya admisión colocaría en indefensión a la parte demandada a la que tales alteraciones le sorprenden hurtándole de la posibilidad de preparar argumentos y de pruebas en contrario”*<sup>79</sup>.

Sin embargo, ello en la práctica no siempre sucede, puesto que en muchas ocasiones el Juzgador no rechaza de plano dicha alegación nueva –con independencia de su posterior estimación o no en sentencia. En tal caso, habrá aquí de decidir si contestar o no a la cuestión nueva.

En ese supuesto, si se trata de un hecho conocido y ya hay prueba en Autos al respecto, se tratará más bien de una cuestión jurídica, por lo que considero que es recomendable contestar a dicha cuestión de forma subsidiaria, dado que el Juzgador podría entender que la variación no era sustancial y el demandado habría limitado su defensa al no contestar a la cuestión de fondo en juicio.

Si, por el contrario, no se dispone de prueba al respecto, puesto que no era una cuestión planteada en demanda, considero que es más conservador limitarse a protestar en el acto de juicio, sin entrar a contestar el fondo de la cuestión planteada, puesto que no habrá elementos probatorios y, de esta forma, se evidenciará la indefensión generada de contrario. Recordemos que la imposibilidad de aportar prueba es uno de los elementos identificadores de la variación sustancial (apartado 2.3 del presente artículo).

#### d. Solicitar la práctica de diligencias finales

Otro recurso a tener en cuenta cuando se produce una variación sustancial en el acto de juicio, y para el caso de que el Juzgador no limite el debate sobre la cuestión nueva planteada, es la posibilidad de solicitar la práctica de diligencias finales ex artículo 88.1 LRJS.

---

<sup>79</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., “Los errores más habituales de los profesionales en el juicio laboral”, *Trabajo y Derecho*, nº 9, 2015.

Así, en caso de que no se dispongan de medios de prueba sobre dicha cuestión novedosa y el Juzgador no la considerase como una modificación sustancial ni, por tanto, la excluya del objeto de debate, cabe solicitar la práctica de diligencias finales, con el fin de poder aportar la prueba necesaria y relativa a dicho extremo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta práctica no suele ser de utilización frecuente por parte de los órganos judiciales y, además, es potestativa o discrecional para el Juzgador<sup>80</sup>.

### 3.3. *Estimación en sentencia*

En caso que la cuestión nueva planteada en el acto de juicio tenga favorable acogida en sentencia y sea un motivo de estimación de la demanda, deberá recurrirse su admisión –indebida–.

#### a. Recurso de suplicación o casación ordinaria

Si frente a la sentencia cabe recurso de suplicación o casación ordinaria *ex* artículos 191 y 206 LRJS, respectivamente, éste será el recurso que proceda interponer, teniendo en cuenta las siguientes herramientas procesales.

Dado que lo más habitual es la interposición del recurso de suplicación, nos centraremos en éste en nuestra exposición, sin perjuicio de las referencias expresas que realizaremos a la casación.

En primer lugar, deberá solicitarse reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión *ex* artículo 193 a) LRJS<sup>81</sup>.

La solicitud de nulidad de las actuaciones efectuada “*constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad o economía procesal que constituye una de las metas a cubrir por la Administración de Justicia (...), por lo que su estimación queda sometida al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos*”<sup>82</sup>. Y dichos condicionamientos son: “*a) Que se invoque por el recurrente de modo concreto la norma que se entiende violada; b) que se haya*

---

<sup>80</sup> STS, 4ª, 21/03/2002 (Rec. 516/2001) y STSJ Cataluña 26/04/2016 (Rec. 1030/2016).

<sup>81</sup> En caso de tratarse de casación, la vía sería *ex* artículo 207 c) LRJS.

<sup>82</sup> SSTSJ Madrid 30/07/2018 (Rec. 1556/2017), 08/11/2017 (Rec. 515/2017) y 02/12/2015 (Rec. 597/2015).

*infringido la referida norma procesal, c) que haya causado indefensión, y, d) que se haya formulado oportunamente protesta por la infracción en el acto del juicio*<sup>83</sup>.

Por tanto, a la hora de pretender la solicitud de nulidad de actuaciones ex artículo 193 a) LRJS, será fundamental haber hecho constar de forma expresa la protesta en el acto de juicio (no siendo suficiente limitarse a alegar en conclusiones que existía una cuestión nueva<sup>84</sup>) para, posteriormente, denunciar la infracción de los artículos 85.1 LRJS, 80.1 LRJS<sup>85</sup>, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>86</sup>, 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>87</sup> y 24 CE<sup>88</sup>.

La cuestión más delicada es decidir a qué momento procesal se solicita que se retrotraigan las actuaciones. Así, en puridad, dado que la variación sustancial se produjo en el acto de juicio (al no ser apartada del debate por el Juez en la propia vista oral), debería solicitarse a este momento procesal: al acto de la vista<sup>89</sup>. Sin embargo, esta solicitud es la más traumática para el procedimiento, avocando a las partes someterse a un nuevo juicio. La alternativa, admitida judicialmente<sup>90</sup>, es solicitar la retroacción de las actuaciones al momento de dictar sentencia, que es en el que el Juzgador admitió dicha variación sustancial al pronunciarse sobre la misma en sentencia.

En muchas ocasiones, dado el carácter tan excepcional de la nulidad de actuaciones, puede que no prospere dicho motivo<sup>91</sup>, pero será fundamental para articular de forma coherente los restantes motivos del recurso de suplicación y que, por tanto, se enjuicie por la Sala la *litis* sin tener en cuenta la alegación sorpresiva. Y ello, puesto que, si ni

<sup>83</sup> STSJ Andalucía 07/03/2018 (Rec. 1899/2017), STSJ La Rioja 19/09/2014 (Rec. 142/2014), STSJ Cataluña 10/02/2014 (Rec. 5710/2013) y STSJ Castilla y León 21/11/2012 (Rec. 704/2012), entre otras.

<sup>84</sup> STSJ La Rioja 19/09/2014 (Rec. 142/2014).

<sup>85</sup> Por variación sustancial de la papeleta de conciliación.

<sup>86</sup> Por incongruencia de la sentencia extra y/o ultra *petitum* (por conceder más de lo solicitado en demanda o algo distinto de lo reclamado en demanda).

<sup>87</sup> Por vulneración del procedimiento causando de indefensión.

<sup>88</sup> Derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>89</sup> En línea con lo establecido en el artículo 202.1 LRJS.

<sup>90</sup> Por ejemplo, la STS, 4ª, 27/02/2018 (Rec. 689/2016) acuerda (en un supuesto en el que se estima la existencia de variación sustancial de la demanda en el caso de juicio) “*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 se resuelva las pretensiones deducidas de contrario, con exclusión, por ende, del motivo formal alegado en el acto del juicio oral*”.

<sup>91</sup> De hecho, si el relato fáctico es suficiente para que la Sala se pronuncie sobre la cuestión de fondo, no será necesaria la retroacción de las actuaciones. Ejemplo de ello, la STS, 4ª, 08/02/2018 (Rec. 129/2016).

siquiera se trata de retrotraer las actuaciones, podría desprenderse que la indefensión no fue real.

En segundo lugar, debe solicitarse la modificación de hechos probados al amparo del artículo 193 b) LRJS<sup>92</sup>. Sin embargo, en muchas ocasiones, al tratarse de una cuestión novedosa, no pudo aportarse prueba y, en consecuencia, no hay prueba en Autos que permita modificar el hecho probado existente al respecto. Por ello, puede tratar de articularse esta modificación solicitando la supresión del hecho relativo a la alegación sorpresiva, por la vulneración de los artículos 85.1 LRJS, 80.1 LRJS, 218 LEC y 24 CE, para el caso de que la Sala no estime la retroacción de las actuaciones en aras a la celeridad procesal.

Asimismo, y por la vía del artículo 193 b) LRJS, cabría la posibilidad de tratar de adicionar un hecho probado o modificar aquél que haya resultado perjudicial, aportando nueva documentación al proceso –si no existe prueba en Autos que permita viabilizar dicha modificación fáctica. Para ello, debería acudir a lo dispuesto en el artículo 233 LRJS, que prevé –con carácter excepcional– la admisión de documentos nuevos en fase de recurso, cuando se trate de “*una sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables (...)*”. En este caso, no habría podido aportarse con anterioridad –esto es, en el acto de juicio– dado que la cuestión sobre la que se pretende adicionar prueba no constaba en la demanda.

De admitirse por la Sala la aportación de esta nueva documental (lo que en la práctica no sucede habitualmente, entre otros motivos, por el carácter excepcional ya indicado), se conferirá un plazo de 5 días a la parte proponente para que complemente su recurso en base a la misma y, posteriormente, se emplazará a la parte contraria para que en el plazo de 5 días complete su impugnación.

Por último, la variación sustancial puede ser combatida en fase de suplicación por la vía del apartado c) del artículo 193 LRJS<sup>93</sup>, por incongruencia extra y ultra *petitum* de la sentencia y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 CE, al conceder más de pedido o algo distinto de lo solicitado en demanda. Aunque en sentido estricto los preceptos vulnerados son procesales (218.1 LEC y correlativo artículo 97 LRJS y artículos 80.1 y 85.1 LRJS) y no sustantivos, cabría articular este motivo como subsidiario a la retroacción de las actuaciones solicitada al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS. Para ello, habrá que basarse en la

---

<sup>92</sup> En caso de recurso de casación, por la vía del artículo 207 d) LRJS.

<sup>93</sup> En el caso de recurso de casación, sería por la vía del artículo 207 e) LRJS.

vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en base a la cual, ante este tipo de situaciones, procede “*eliminar el pronunciamiento relativo a la declaración en la que ha habido exceso sobre lo pedido*”<sup>94</sup>, garantizando así el principio de celeridad procesal (artículo 74 LRJS).

Por tanto, al amparo del artículo 193.c) LRJS cabe solicitar la anulación del pronunciamiento de fondo realizado en sentencia sobre la cuestión que fue introducida sorpresivamente en el acto de juicio, de forma que se dicte sentencia por la Sala sin pronunciamiento sobre este extremo<sup>95</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en los casos en que no quepa recurso de suplicación por el tipo de procedimiento o cuantía ex artículo 191.2 LRJS, cabe defender la posibilidad de interponer el recurso citado recurso para “*subsana una falta esencial del procedimiento*”, ex artículo 191.3 d) LRJS. Sin embargo, el objeto del recurso estará limitado a dicha subsanación procesal (solicitando la retroacción de las actuaciones), no pudiendo plantearse cuestiones de fondo en el recurso y, siempre y cuando se haya formulado protesta en tiempo y forma y haya causado indefensión. A este respecto, nuestro Tribunal Supremo<sup>96</sup>, haciendo referencia al citado artículo 191.3 d) LRJS, ha declarado que “*de este modo un motivo procedimental, o formal, abre las puertas del recurso [de suplicación] a sentencias que, por razón de su materia, de la modalidad procesal en que han recaído, la escasa cuantía del litigio o cualquier otro motivo, pertenecen a la categoría de las irrecurribles*”.

Sin embargo, los pronunciamientos judiciales existentes sobre esta vía procesal no se han realizado sobre supuestos en los que el defecto procesal alegado ha sido la variación sustancial de la demanda ni la consiguiente incongruencia extra y/o ultra *petitum* de la sentencia. A pesar de ello, un sector de la doctrina científica<sup>97</sup> se ha pronunciado expresamente sobre la viabilidad de esta vía procedimental cuando la sentencia –erróneamente– ha permitido la introducción de una variación sustancial.

En cualquier caso, de acudir a esta vía, el objeto del recurso de suplicación deberá limitarse a la solicitud de nulidad de actuaciones (en los términos ya expuestos previamente en relación con el artículo 193 a) LRJS), sin poder plantearse cuestiones de fondo ni modificaciones fácticas de la sentencia recurrida.

---

<sup>94</sup> STS, 4ª, 10/12/2004 (Rec. 63/2004) y 22/05/2006 (Rec. 51/2005).

<sup>95</sup> En línea con lo dispuesto en el artículo 202 LRJS.

<sup>96</sup> STS, 4ª, 20/12/2016 (Rec. 3194/2014).

<sup>97</sup> GARCÍA SALAS, A.I., “Ampliación de la demanda y variación sustancial en el proceso laboral”, *Lex Nova*, nº 47, 2011, p. 112, en relación con la vía prevista en el artículo 189.1 d) de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, si bien dicho precepto se corresponde con el actual artículo 191.3 d) LRJS, como así ha declarado expresamente la STS, 4ª, 15/03/2018 (Rec. 1295/2016).



## b. Incidente de nulidad de actuaciones

En caso de que la sentencia de instancia sea firme (ya sea porque se trate de un procedimiento en el que no cabe recurso de casación ordinaria o porque el recurso de suplicación sea inadmitido por la vía del artículo 191.3 d) LRJS), la sentencia podría ser recurrida por la vía del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>98</sup>, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 CE.

### 3.4. Durante la fase de recurso.

Puede darse la circunstancia de que pretenda alegarse una cuestión nueva en fase de recurso. Sin embargo, los tribunales vienen siendo más exigentes en esta fase, impidiendo la alegación de cuestiones nuevas en suplicación o casación.

*“Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal.”<sup>99</sup>*

Por tanto, si el recurrente trata de incluir hechos novedosos en fase de recurso, la vía para combatir esta modificación será mediante la oposición del recurrido en su escrito de impugnación –frente al correlativo motivo de recurso en el que se haya incluido la cuestión novedosa. En estos casos, existen muchos más visos de que la alegación de variación sustancial prospere y, por tanto, que la Sala rechace la introducción de elementos nuevos de debate en esta fase procesal.

La mayor dificultad se produce cuando la cuestión nueva pretende añadirse por la vía del artículo 233 LRJS, argumentando la parte proponente de nueva documentación,

---

<sup>98</sup> “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir 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”.

<sup>99</sup> STS, 4ª, 26/09/2001 (Rec. 4847/2000), STSJ Madrid 11/04/2018 (Rec. 1046/2017) y STSJ País Vasco 17/07/2018 (Rec. 1300/2018).

que se trata de un hecho posterior a la celebración del juicio y, por tanto, que no pudo ser planteado con anterioridad.

En mi opinión, esta posibilidad –dado su carácter excepcional– debe ser interpretada de forma restrictiva, dado que puede derivar en una distorsión del objeto del debate. Téngase en cuenta que la carga de trabajo de los tribunales hace que un procedimiento llegue a fecha de votación y fallo en suplicación transcurridos varios años desde que se produjo el hecho enjuiciado. Así, y aun cuando es cierto que el artículo 233 LRJS no establece ningún límite temporal, existen algunas resoluciones judiciales que vienen entendiendo que no es admisible incluir en el debate hechos producidos más de un año después del hecho enjuiciado, por no guardar ninguna conexión con el mismo<sup>100</sup>.

En este sentido, es muy ilustrativa la STSJ Madrid de 18/12/2014 (Rec. 762/2014) que concluye que los hechos acontecidos un año después del despido no pueden ser tenidos en cuenta por la Sala y, por tanto, el documento no puede quedar comprendido en el artículo 233 LRJS, ya que *“este precepto se refiere –aparte de las sentencias o resoluciones que ahora no interesa examinar- a documentos que la parte no hubiera podido aportar al proceso por causas que no le fueran imputables, y que sean decisivos para la resolución del recurso. Se trata de documentos que sean coetáneos a los hechos objeto del litigio y que tengan relevancia para su decisión, pero el precepto no abre un cauce para la aportación indefinida de documentos durante toda la tramitación de los recursos de suplicación y de casación para la unificación de doctrina, que puede alargarse considerablemente”*.

Por tanto, ésta será la interpretación que debería defenderse para tratar de evitar la inclusión de contrario de una cuestión nueva en fase de recurso ex artículo 233.1 LRJS, justificando que no tiene relevancia para enjuiciar el objeto de la *litis*.

#### 4. Consideraciones finales

Con independencia de las distintas alternativas procesales que pueden emplearse para tratar de combatir la variación sustancial de la demanda, en función del momento procesal en que ésta se produzca, es recomendable que, en el acto de juicio, el demandado *“manifieste de forma ordenada su conformidad u oposición a cada uno*

---

<sup>100</sup> STSJ Madrid 30/06/2016 (Rec. 326/2016), 26/06/2015 (Rec. 322/2015) y 29/07/2014 (Rec. 229/2014), Auto TSJ Madrid (Sección 6ª) 03/07/2014 (Rec. 54/2014), Auto TSJ Madrid (Sección 2ª) 01/10/2014 (Rec. 333/2014) y STSJ C. Valenciana 16/09/2014 (Rec. 1831/2014 y 1830/2014). En términos similares, la STSJ C. Valenciana 02/10/2012 (Rec. 1920/2012) sobre hechos posteriores al despido.

*de los hechos de la demanda [dando] cumplimiento así al artículo 85.2 LRJS [puesto que] los hechos sobre los que se muestre conformidad así quedarán establecidos, vincularán al juez y no será preciso que sobre ellos se practique prueba (artículo 281.3 LEC)”<sup>101</sup>, lo que delimitará de forma expresa las cuestiones objeto de debate y ayudará a identificar cualquier variación que la parte actora pretenda realizar a posteriori.*

## 5. Bibliografía

ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., “Los errores más habituales de los profesionales en el juicio laboral”, *Trabajo y Derecho*, nº 9, ¡2015.

MONJAS BARRENA, M., “*El escrito de demanda en el proceso laboral ordinario*”, Editorial Aranzadi, 2017.

GARCÍA SALAS, A.I., “Ampliación de la demanda y variación sustancial en el proceso laboral”, *Lex Nova*, nº 47, 2011, p. 112.

Fecha recepción: 23.2.2019

Fecha aceptación: 30.4.2019

---

<sup>101</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., “Los errores más habituales de los profesionales en el juicio laboral”, *ob. cit.*