



Roj: **STS 724/2019 - ECLI:ES:TS:2019:724**

Id Cendoj: **28079140012019100107**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2019**

Nº de Recurso: **1782/2017**

Nº de Resolución: **117/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 4892/2017,**  
**STS 724/2019**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1782/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 117/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 14 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup>. Teodora , representada y asistida por el letrado D. Raúl Píriz Sánchez, contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 314/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera , en autos nº 197/2013, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Teodora contra el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda formulada por Da. Teodora frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA, en acción por DESPIDO debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido producido y EXTINGUIDA LA RELACIÓN LABORAL entre las partes con fecha de 12 de Septiembre de 2012 y condeno al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA a estar y pasar



por la presente declaración y a que, abone a la actora la cantidad de DOCE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (12.549,84€) en concepto de diferencia de indemnización.

Debo absolver y absuelvo al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA de los demás pedimentos frente al mismo formulados".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "Primero.- Da. Teodora , con D.N.I. nº NUM000 , nacida el NUM001 -66, ha prestado sus servicios para el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera con Contrato laboral indefinido, no fija de plantilla, a tiempo completo, con antigüedad de 01-01-07, en la actividad de "Administración Pública", en la Delegación de Impulso Económico, Área de Empleo, con categoría de "Técnico de Gestión y-, Atención Social", con un salario diario de 92,65€.

Segundo.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de 22 de Junio de 2012, orden del día nº 48, se inició un Procedimiento de Despido Colectivo.

Con fecha 16 de Julio de 2012, el Ayuntamiento citó a todos los miembros del Comité de Empresa, de la Junta de Personal y a los Delegados Sindicales para el 19 de Julio de 2012 a las 9,30 horas para darles traslado del escrito de inicio del procedimiento de despido colectivo así como de la documentación exigida legalmente, negándose a recogerla porque estaban citados. personalmente, no celebrándose la reunión, levantando acta. la Sra. Secretaria del Ayuntamiento y convocándoles para el día siguiente, que sí la recogieron.

Tercero.- En la documentación entregada a los representantes legales se encuentra, entre otros documentos, la Memoria Explicativa de las causas motivadoras del Despido Colectivo (70 páginas) en la que se detallan los criterios de selección del personal afectado, el listado de empleados del Ayuntamiento, la relación nominal de los trabajadores afectados por la extinción de su Contrato de trabajo y el Plan de recolocaciones.

Cuarto.- El Ayuntamiento suscribió un Convenio Especial con la Seguridad Social respecto de los trabajadores afectados con 55 años o más, por el que el Organismo continuaría cotizando hasta que cumplieran la edad ordinaria de Jubilación o hasta que el Convenio se extinguiera legalmente.

Quinto.- En Junta de Gobierno Local de 21 de Agosto de 2012 se declaró la finalización del periodo de consultas, sin acuerdo, y se ordenó la remisión de la decisión final sobre el Despido Colectivo y las condiciones del mismo a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad Laboral Consejería de Empleo en Sevilla y en Cádiz.

En dicha Junta se declaró la finalización del periodo de consulta y se ordenó la remisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral de la decisión final sobre el despido colectivo y las condiciones del mismo, entre ellas el percibo por los trabajadores afectados de la indemnización establecida legalmente, de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades y que el número de afectados por el Despido ascendería a 273 trabajadores, esto es, 27 trabajadores menos de los 300 inicialmente previstos.

Sexto.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 30 de Agosto de 2012, se modificó parcialmente el anterior Acuerdo, siendo 260 los trabajadores afectados, declarando la extinción de los contratos de los trabajadores afectados por el despido, con efectos del día 12 de septiembre de 2012 y sustituyendo la obligación de preavisar con 15 días de antelación por el abono de los salarios correspondiente al preaviso incumplido.

Asimismo se aprobó la puesta a disposición de los trabajadores, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de una indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado, en el caso de la actora de 10.564,48€, por un importe total y conjunto de 5.353.978,71€, con cargo a las aplicaciones presupuestarias correspondientes y con el detalle descrito en el anexo del Acuerdo y que, a partir de la fecha de extinción de los contratos, se pondría a disposición de los trabajadores la liquidación final de salarios, vacaciones, partes proporcionales de pagas extraordinarias y sustitución de la obligación de preavisar con 15 días de antelación por el abono de los salarios correspondientes al preaviso incumplido.

El salario utilizado para el cálculo de las indemnizaciones de cada uno de los trabajadores era el del último año, correspondiente al periodo de 01-08-11 a 31-07-12. Los años de servicio tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización era el correspondiente a la fecha de antigüedad que constaba en la nómina a efectos de trienios, descontando, si era procedente, los servicios reconocidos prestados en otras administraciones. También se consideraron aquellos periodos prestados en sociedades o fundaciones municipales, por entender que se mantenía la "unidad esencial del vínculo" con el Ayuntamiento. Quedaron exceptuados los periodos con lagunas entre contratos de más de 500 días.

Séptimo.- El actor/a ha percibido la indemnización fijada en la carta de despido.

Octavo.- El actor/a no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.



Noveno.- Con fecha 11-10-12 la actora formuló Reclamación Previa por Despido ante el Ayuntamiento, que le fue desestimada por silencio administrativo.

Décimo.- Frente al Acuerdo de Despido Colectivo (E.R.E. nº 57/2012, U.I. nº 11/2012), se formuló por la representación de los trabajadores, con fecha 13 de Septiembre de 2012, demanda de Despido Colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que dictó Sentencia con fecha 20 de Marzo de 2013, por la que se estimaba parcialmente la demanda y se declaraba no ajustado a derecho el Despido Colectivo llevado a cabo por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y, en consecuencia, el derecho de los trabajadores despedidos, a opción del Ayuntamiento demandado, a ser readmitidos en sus puestos de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido colectivo, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia o, a que se les abonara la indemnización legal correspondiente.

Undécimo.- Recurrída la Sentencia en Casación por todas las partes, con fecha 25 de Junio de 2014 se dictó Sentencia por el Tribunal Supremo que desestimaba los Recursos formulados por las diversas representaciones de los trabajadores y se estimaba el Recurso de Casación formulado por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y casaba y revocaba la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia declarando ajustada a derecho la decisión empresarial y desestimando en su integridad las demandas colectivas interpuestas.

Duodécimo.- En la Memoria explicativa, el Ayuntamiento demandado hizo constar que los criterios de selección para determinar los trabajadores afectados por la medida extintiva colectiva, se habían aplicado en un procedimiento con dos fases. En la primera se determinó el número de extinciones por departamentos y categorías profesionales, atendiendo a la necesidad del mantenimiento de la estructura organizativa y funcional del Ayuntamiento. Una vez fijado el número, en la segunda fase, se determinaban concretamente los trabajadores afectados, aplicando dos criterios. El primero, el de la edad, extinguiéndose los contratos de los trabajadores que tuvieran cumplidos 59 años, el 20 de agosto de 2012, respecto de los que se suscribiría un convenio especial con la Seguridad Social. Y, el segundo criterio utilizado fue el de la evaluación continua (ordinal decimosexto de Hechos probados de la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J.), para cuya aplicación, se estableció que los responsables de cada delegación, previa consulta con el personal técnico a su cargo, debían determinar qué trabajadores tenían mayor competencia técnica, formación, habilidades, experiencia o polivalencia. De este modo, por exclusión, se extinguiría el contrato de los que reunieran en menor medida estos criterios.

No obstante, el personal técnico no fue consultado al efecto realizándose directamente la selección por los responsables de cada delegación que seleccionaron a los trabajadores conforme a su personal criterio de evaluación teniendo en cuenta informaciones recibidas de diversas fuentes e incluso teniendo en cuenta en algunos casos la actitud no conformista o beligerante en el cumplimiento de las instrucciones del/la responsable de la Delegación.

Decimotercero.- En relación con los criterios reales tenidos en cuenta para la selección del personal, consta acreditado de la prueba testifical practicada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Ordinal decimoséptimo de la Sentencia dictada el 20-03-13) que no ha sido modificada por el Tribunal Supremo y por lo tanto constituye "Cosa Juzgada" al tratarse de Sentencia firme, que no existió móvil político-ideológico, pero que la selección se llevó a cabo, según el Primer Teniente de Alcalde y Portavoz, Sr. Jorge, en función de las diferentes categorías, sobre quién trabajaba mejor o peor, era problemático, quejica, en base a la rumorología, la actitud ante el trabajo, si eran vagos y que los informes eran verbales, no valorando la formación, sino quien trabajaba bien, era el día a día y esa documentación se destruyó, porque no eran buenos trabajadores y eran conflictivos, con encarecimiento de los servicios, y hay quien no hace nada y el desconocía el currículum; criterios confirmados por el Técnico Lorenzo de Urbanismo, que le contaba al Sr. Jorge quien era vago, mejor o peor, no problemático, sin tener en cuenta la formación, sólo la capacidad sobre el mal desempeño, que desconocía la polivalencia y que no hay informes escritos; D. Mariano, de deportes, que a su delegada le contaba la competencia, actitud, problemática, eficacia; D<sup>a</sup> Clara, Jefa de Educación, que no la convocaron pero que informaba de menor rendimiento y capacidad; D. Nemesio, de Juventud, que no hubo informe escrito, no se tenía en cuenta la formación académica, ni hubo evaluación y eran comentarios del servicio; D<sup>a</sup>. Diana, de Igualdad y Salud, que no se informaba sobre cualificación, eran reuniones sobre funcionamiento del servicio en general y verbales; D. Paulino, de la oficina de atención y defensor del ciudadano, que no había nada de criterios, evaluación ni informe; D<sup>ña</sup>. Erica, directora de servicios sociales, que no le pidieron informe ni evaluación, sino quien mejor, peor, vagos en el despacho de los servicios y los programas; D. Rodrigo, concejal y delegado de impulso económico, que se le pidió una relación de personas imprescindibles, la hizo y sin embargo, algunos están en el ERE y otros no, por conocimiento profesional y actitud y que los criterios estaban establecidos y él lo sabía, pero su lista era profesional, por



antigüedad, conocimientos; D. Rosendo , que estaba como imprescindible en la lista del Sr. Rodrigo y está en el ERE; D. Mariano , del servicio de personal, siendo su jefe el Sr. Jose Augusto , que no conoce los criterios, que no hay informe que se le pedía, porque siempre se hablaba y era su trabajo, los eficaces, los dedicados, los no vagos.

Decimocuarto.- La Letrada del Ayuntamiento ha manifestado en relación con el art. 110.1.a) de la L.R.J.S . que en caso de declararse el Despido Improcedente anticipaba la opción, optando por la indemnización".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por las representaciones legales de D<sup>a</sup>. Teodora y del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, se formularon sendos recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: "Con desestimación de los recursos de suplicación interpuestos por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA, y por Da. Teodora , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 0197/13, en los que el recurrente primero fue demandado por D<sup>a</sup>. Teodora , en demanda de despido, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia.

Se condena al Ayuntamiento recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso en cuantía de trescientos euros (300€) así como del IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS "

Por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Teodora , se solicitó aclaración de referida sentencia dictándose auto de fecha 9 de febrero de 2017 en el que se desestima referida solicitud.

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, por la representación legal de D<sup>a</sup>. Teodora , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 23 de noviembre de 2016 (Rec. 323/2016 ).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso improcedente. Se señaló para la votación y fallo el día 13 de febrero de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión principal que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar sí, para que pueda tener efecto la opción empresarial efectuada en el acto del juicio para el caso de declaración de improcedencia del despido impugnado, al invocado amparo del art. 110.1.a) LRJS (" *En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112* "), debe o no figurar tal manifestación empresarial como uno de los hechos declarados probados o como una afirmación con valor fáctico en la sentencia de despido. Derivadamente, la parte recurrente pretende que, de estimarse que tal manifestación no en un dato calificable de hecho probado, se declare que se trata de un error material de la sentencia de instancia el reflejo de una opción que no se produjo realmente en el acto del juicio y que no se tenga por efectuada la opción anticipada empresarial, con las consecuencias a ello inherentes.

**2.-** La sentencia de suplicación ( STSJ/Andalucía, sede de Sevilla, 19-01-2017 -recurso 314/2016 , no aclarada por auto de fecha 09-02-2017), ahora recurrida en casación unificadora por la trabajadora demandante, confirma la sentencia de instancia (SJS/Jerez de la Frontera nº 1 de fecha 24-02-2015 -autos 197/2013), en la que se declaró improcedente el despido impugnado y en cuyo HP nº 14 figuraba que << *La Letrada del Ayuntamiento ha manifestado en relación con el art. 110.1.a) de la LRJS que en caso de declararse el Despido Improcedente anticipaba la opción, optando por la indemnización* >> y en cuyo fallo se declaraba como fecha de extinción de la relación laboral la del día 12-09- 2012, coincidente con la fecha de efectos del despido comunicado por la empresa, con fijación de la cuantía indemnizatoria calculada hasta tal fecha y sin condena a salarios de tramitación.

**3.-** En cuanto a este recurso casacional afecta, la actora recurrió en suplicación la sentencia de instancia, y como se indica en la sentencia ahora impugnada, << *La actora recurre al amparo del ap. b ) y c) del art. 193 LRJS pretendiendo la revisión del HP 14º y alegando infracción del art. 110.1.a) LRJS* >>; la Sala de suplicación deniega la revisión fáctica, indicando que << *La actora pretende eliminar el HP 14º sustentado en*



la falta de prueba a lo que no se accede pues jamás en prueba negativa cabe fundar la revisión fáctica: en la inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado; salvo que fuera alegada arbitrariedad en la construcción de los hechos y se hiciera bajo el amparo del ap. a) del art. 193 LRJS . Tampoco se acredita un hecho positivo incompatible con el hecho identificado negativamente >>; y desestima su recurso, argumentando que << La actora alega infracción del art. 110.1.a) LRJS que al vincularlo al éxito de la revisión fáctica pretendida, fracasa pues inalterado el antecedente histórico, como en nuestro particular acontece, que como Probado, fija la Sentencia de instancia, determina el fracaso del motivo, en tanto se exige la necesaria subordinación de la censura jurídica al previo éxito de la revisión fáctica >>. Argumentación que mantiene la Sala en el auto de fecha 09-02-2017 en que deniega la aclaración instada por la parte demandante para que se tuviera por no efectuada en el acto del juicio la opción empresarial por la indemnización.

4.- La trabajadora recurrente en casación unificadora invoca como sentencia de contraste la STSJ/Andalucía, sede de Sevilla de fecha 23-11-2016 (recurso 323/2016), en un supuesto análogo de otro trabajador despedido individualmente derivado del mismo despido colectivo, constando en el HP nº 15 de la sentencia de instancia que << La Letrada del Ayuntamiento ha manifestado en relación con el art. 110.1.a) de la LRJS . que en caso de declararse el Despido Improcedente anticipaba la opción, optando por la indemnización >> y, en sus fundamentos jurídicos, y tras afirmar que la parte demandada había adelantado su opción por la indemnización en caso de improcedencia conforme al art. 110.1 a) LRJS, declaró extinguida la relación laboral en la fecha de efectividad del despido (12-09-2012), condenando a la empresa al pago de la indemnización correspondiente. En su recurso de suplicación el trabajador denunciaba la inexistencia de la opción por la indemnización que relataba la sentencia y pedía que se condenara al ayuntamiento demandado a optar en términos de ley. La sentencia referencial desestima la revisión fáctica pretendida por el trabajador (la " opción ex art. 110.1.a) LRJS no es un hecho que deba quedar probado y así reflejado en el relato fáctico de la sentencia "), pero estima su pretensión de fondo, argumentando que:

<< En su recurso, la representación técnica graduada del trabajador despedido articula un motivo de revisión fáctica ... con amparo procesal en el apartado b) del art. 193 de la LRJS en el que se solicita la supresión del hecho probado 15º y de los párrafos 1º, 2º y 3º del fundamento jurídico 3º, con alegado sustento en el acta de la vista oral -quíerese decir la grabación de la vista-, denunciando que en realidad la representación procesal del Ayuntamiento demandado no formuló anticipadamente la opción por la indemnización que acoge la sentencia para declarar la extinción de la relación laboral e imponer la condena al pago de la indemnización que calculó.

El acta de la vista, ni en soporte papel, ni en la grabación audiovisual de la misma constituyen "prueba documental" hábil para sustentar un motivo de revisión de hechos probados al amparo del art. 193.b) LRJS . Toda revisión fáctica debe tener por objeto los hechos declarados probados, y no los fundamentos jurídicos como aquí en parte también se pretende. Y además, la referida opción ex art. 110.1.a) LRJS no es un "hecho" que deba quedar probado y así reflejado en el relato fáctico de la sentencia, sino un acto procesal de parte que ortodoxamente debería constar en el antecedente de hechos de la sentencia, y que puede y debe ser apreciado de oficio tanto por el juzgador de instancia como ahora por la Sala sin perjuicio de la desestimación de este motivo por las razones antedichas >>; y, que

<< En motivo de censura jurídica del recurso del trabajador se denuncia como infringido el art. 110.1 a) de la LRJS, al haber tenido la sentencia por optada anticipadamente al ayuntamiento empleador por la indemnización con base en una inexistente manifestación en tal sentido, por lo que solicita se mantenga la improcedencia del despido pero se condene a la empresa a optar -a su elección- entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que tenía antes del despido, con abono de los salarios de trámite, o a que le abone la indemnización legal correspondiente.

Efectivamente, pese a lo que relata el hecho probado 15º en lugar inapropiado y se reitera luego en el fundamento jurídico tercero, en el desarrollo del juicio en ningún momento se efectuó tal opción por la letrada representante procesal del Ayuntamiento demandado, lo que sin duda debe ser un error material de la sentencia que, en este sentido, infringió, por indebida aplicación, lo dispuesto en el precepto procesal invocado. Procede por ello estimar el recurso del trabajador, revocar en parte la sentencia y, manteniendo la calificación de improcedencia -no discutida por las partes en el recurso-, condenar al demandado a que opte conforme al párrafo inicial del art. 110.1 de la LRJS en relación con el art. 56.2 del ET entre readmitir al trabajador con las mismas condiciones que tenía antes del despido y abono en este caso de los salarios de trámite correspondientes ..., o indemnizarle con la cantidad de ... correctamente calculados en la sentencia impugnada >>.

5.- Por lo expuesto, y como informa el Ministerio Fiscal, concurre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, puesto que la sentencia recurrida sustenta, en esencia, la tesis de que la opción empresarial efectuada en el acto del juicio para el caso de declaración de improcedencia del despido impugnado, al invocado amparo del art. 110.1.a) LRJS, para tener efecto debe figurar como uno de los hechos declarados probados en la sentencia de despido;



mientras que en la sentencia referencial se parte de que la referida opción empresarial no es un " hecho " que deba quedar probado y así reflejado en el relato fáctico de la sentencia, sino un acto procesal de parte que ortodoxamente debería constar en los antecedente de hechos de la sentencia, y que puede y debe ser apreciado de oficio tanto por el juzgador de instancia como ahora por la Sala.

**SEGUNDO** - 1.- Como hemos adelantado la cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si para que pueda tener efecto la opción empresarial efectuada en el acto del juicio para el caso de declaración de improcedencia del despido impugnado, al invocado amparo del art. 110.1.a) LRJS , debe o no figurar tal manifestación empresarial en la sentencia de despido como uno de los hechos declarados probados o como una afirmación con valor fáctico.

2.- Esta opción anticipada, – conforme al art. 110.1 LRJS –, puede efectuarse: **a)** bien por la parte titular del derecho a la opción entre readmisión o indemnización, a la que le bastará manifestar expresamente tal declaración de voluntad en el propio acto del juicio; o **b)** bien por la parte demandante (trabajador no titular del derecho a la opción), pero en este último caso con la exigencia fáctica de " *si constare no ser realizable la readmisión* ". En efecto, dispone el art. 110.1 LRJS que:

" 1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112.

b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia ".

**TERCERO**.- 1.- Para la delimitación de lo que debe entenderse y figurar como hecho declarado probado en una sentencia, debe hacerse referencia a la normativa contenida en la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) y en la supletoria LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) ( disposición final 4ª LRJS ).

2.- De la LRJS es dable destacar:

**a)** El art. 97.2 LRJS , regulador de la forma de la sentencia, establece que " *La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo* ".

**b)** El art. 107 LRJS , específico de la modalidad procesal de despido disciplinario, – aplicable a la extinción contractual por circunstancias objetivas ( art. 120 LRJS ) y a los despidos individuales derivados de despidos colectivos ( art. 124.13 LRJS ) –, regula expresamente los hechos probados que deben figurar en la sentencia de despido, señalando que: " *En los hechos que se estimen probados en la sentencia deberán hacerse constar las siguientes circunstancias: a) Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.- b) Fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo, en su caso, y hechos acreditados en relación con dichas causas.- c) Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso* ".

**c)** Al regularse el recurso de suplicación se contempla como uno de los objetos del recurso el " *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas* " ( art. 193.b LRJS ); al disciplinar el recurso de casación ordinaria se establece como uno de sus motivos el " *Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios* " ( art. 207.d LRJS ); y al establecer el contenido del escrito de interposición de dicho recurso se indica que " *En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de*



la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna " ( art. 210.2.b LRJS ).

**3.-** En la supletoria LEC ( disposición final 4ª LRJS ), es dable destacar especialmente a los fines ahora analizados, los preceptos relativos a la forma y contenido de las sentencias ( art. 209 LEC ) y a su motivación ( art. 218 LEC ):

**a)** " Las sentencias se formularán conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas: ... 2.ª En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso.- 3.ª En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso ... " ( art.209.2ª y 3ª LEC ).

**b)** " Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón " ( art. 218,2 LEC ).

**CUARTO.- 1.-** De la normativa expuesta se deduce que la manifestación expresa que puede hacer la parte titular del derecho a optar (entre readmisión o indemnización) en el acto del juicio anticipando su opción, para el caso de declaración de improcedencia del despido, --y sobre lo que deberá pronunciarse el juez en la sentencia --, regulada en el art. 110.1.a) LRJS, no cabe calificarla como un " hecho " o como un " punto de hecho " ( art. 209.3ª LEC ) que deba ser incluido entre los hechos declarados probados de una sentencia de despido. Dado, entre otros argumentos, que:

**a)** La posible inclusión de tal manifestación ni siquiera está prevista expresamente en la normativa específica sobre los hechos probados que deben figurar en la sentencia que se dicte en la modalidad procesal de despido ( arts. 107, 120 y 124.13 LRJS ).

**b)** En su separado apartado de " hechos probados " la sentencia debe incluir exclusivamente los verdaderos hechos y, además, los que figuren deben derivar de los elementos de convicción valorados por el juzgador en atención a las pruebas practicadas ( " apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados ..." - art. 97.2 LRJS o " 2.ª En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerado, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden ... , las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso " - art. 209.2ª LEC ).

**c)** El juez deberá explicar o razonar motivadamente en la sentencia los fundamentos de la concreta inclusión de los hechos en el apartado de hechos probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión ( ... " haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza " - art. 97.2 LRJS o " Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito ... " - art. 218,2 LEC ).

**d)** El declarado como verdadero hecho probado en una sentencia puede ser revisado en determinadas circunstancias cuando la sentencia sea susceptible de ser impugnada en suplicación o en casación ordinaria ( " Revisar los hechos declarados probados... " - art. 193.b LRJS o " Error en la apreciación de la prueba ... " - art. 207.d LRJS ), con fundamento en concretas pruebas documentales o, en su caso, periciales ( arts. 193.b y art. 207.d LRJS ).

**2.-** Es, por tanto, la referida manifestación ex art. 110.1.a) LRJS un acto jurídico de parte con incidencia en el proceso, que, al igual que otros actos de parte que pueden producirse durante el juicio (como, entre otras, la alegación de excepciones), no deben figurar en el concreto apartado de hechos probados, pero el juez debe hacer referencia a ellos en la sentencia y determinar en la misma motivadamente su trascendencia ( " En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción ... sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia " - art. 110.1.a LRJS o " La sentencia ... deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo " - art. 97.2 LRJS o " Las sentencias se motivarán expresando



los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito ... " - art. 218.2 LEC ).

**3.-** Solución distinta debe darse al otro supuesto contemplado en el art. 110.1.b) LRJS , cuando es la parte demandante (trabajador no titular del derecho a la opción) la que solicite expresamente en el propio acto del juicio que se acuerde, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia; puesto que en tal supuesto concreto la LRJS exige que conste un " hecho " concreto, los datos fácticos de los que se deduzca que no será posible la readmisión (" *si constare no ser realizable la readmisión...* "), – por analogía ex art. 286 LRJS sobre imposibilidad de readmitir al trabajador en ejecución definitiva de sentencia de despido ("... cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal ...") –, por lo que, en su caso, en los hechos probados de la sentencia, y con tal carácter, deberán constar los datos fácticos de los que se pueda inferir tal imposibilidad de readmisión, y tal hecho podrá ser combatido en el recurso procedente contra la sentencia en la misma forma en que se impugnan los demás hechos declarados probados.

**QUINTO.-** Por lo expuesto, – y sobre esta pretensión de la parte recurrente –, procede entender que la solución jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia referencial y, estimando en este extremo el recurso de casación unificador interpuesto por la trabajadora demandante, declarar que para tenga efecto la opción empresarial efectuada en el acto del juicio para el caso de declaración de improcedencia del despido impugnado, al invocado amparo del art. 110.1.a) LRJS , tal manifestación empresarial no debe figurar en la sentencia de despido como uno de los hechos declarados probados o como una afirmación con valor fáctico.

**SEXTO.- 1.-** Derivadamente, la parte recurrente pretende que, de estimarse que tal manifestación no es un dato calificable de hecho probado, se declare que en el presente caso existe un error material en la sentencia de instancia al reflejar la existencia de una opción empresarial que realmente no se produjo en el acto del juicio, lo que le ha generado indefensión, y que, por tanto, no se tenga por efectuada la opción anticipada empresarial, con las consecuencias a ello inherentes.

**2.-** No obstante, lo anteriormente expuesto, no puede estimarse en este caso tal pretensión. Tal denegación deriva, como se ha expuesto, de que en la sentencia de contraste se analiza el desarrollo del juicio y se afirma que en ningún momento se efectuó tal opción por la empleadora y que ello debe ser un error material de la sentencia; mientras que en la sentencia recurrida, la Sala no analiza el desarrollo del juicio y no existe base, – tal como estaba planteado el recurso de suplicación y ahora el de unificación –, para conocer si por parte de la empresa se efectuó o no tal manifestación en el acto del juicio ni, por tanto, para concluir que existe un error material en la sentencia recurrida.

**3.-** En efecto, la forma de plantearse el recurso de suplicación y ahora el de casación unificadora comporta la referida denegación. La parte demandante, como se le advertía en la sentencia ahora recurrida, no impugnó dicha sentencia invocando como motivo el previsto en el art. 193.a) LRJS (" *El recurso de suplicación tendrá por objeto: a/ 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* ") por posible incongruencia de la sentencia de instancia que hubiera permitido, en su caso, decretar su nulidad parcial para que se resolviera sobre la posible real existencia de la opción empresarial y de sus derivadas consecuencias. Ni tampoco articuló su recurso de casación unificador a través del motivo de " *Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte* " ( art. 224.2 en relación con art. 207.c LRJS ), invocando, en su caso, la correspondiente sentencia de contraste, con las mismas consecuencias en orden a la imposibilidad de decretar la nulidad de la sentencia por posible incongruencia.

**SÉPTIMO.-** Procede por lo expuesto, y en concordancia con lo informado por el Ministerio Fiscal, desestimar en la forma expuesta el recurso de casación interpuesto por la parte actora, confirmar la sentencia de suplicación impugnada; sin costas ( art. 235.1 LRJS ).

## FALLO

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

1.- Desestimar en la forma expuesta el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup>. Teodora , contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 314/2016 , interpuesto contra la sentencia



de fecha 24 de febrero de 2015 , dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera, en autos nº 197/2013 , seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Teodora contra el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.

2.- Confirmar la sentencia de suplicación impugnada.

3.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ