

Roj: **STS 3431/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3431**Id Cendoj: **28079140012017100632**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/09/2017**Nº de Recurso: **17/2016**Nº de Resolución: **691/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por Letrado D. Jorge Alberto Garrido Ciria, en nombre y representación de D. Patricio , contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en fecha 16 de septiembre de 2015, [recurso de Suplicación nº 2097/14 ], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, autos 85/2012, en virtud de demanda presentada por D. Patricio contra AYUNTAMIENTO DE CARMONA, sobre CANTIDAD.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de junio de 2012, el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D. Patricio contra el AYUNTAMIENTO DE CARMONA en reclamación por DESPIDO, en cuya virtud, debo declarar y declaro el mismo como IMPROCEDENTE, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración, así como, a su elección, que deberá verificar en un plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte bien a readmitir al actor en su puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido, bien a que indemnice al actor en la cantidad de DIEZ MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS (10.825,65 euros), más en todo caso a que le abone los salarios dejados de percibir desde el día del despido (30.11.2011) hasta la notificación de esta sentencia».

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «**PRIMERO.-** D. Patricio , N.I.F. NUM000 , vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia del Excmo. Ayuntamiento de Carmona, con la categoría profesional de arquitecto técnico, con el salario mensual de 2.405,65 euros (salario base: 958,98 euros; paga de productividad 1: 80,90 euros; complemento de destino: 582,92 euros; complemento especif.: 425,92 euros; complem. Produc.: 51,40 euros; proporción pagas extras: 306,21 euros), en una jornada semanal de 35 horas.- El actor firmaba documentos donde figuraba indistintamente como redactor director de ejecución de la obra y coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, el desarrollo de sus tareas en la elaboración del Proyecto de Plan de inversiones 2010, la realización de proyectos, dirección, ejecución y justificación de las obras del PFOEA en Carmona, del 2011. En otras ocasiones ha actuado como director y coordinador en obras no finalizadas como la restauración de edificio municipal del antiguo patronato escolar de San José, o la adecuación y mejora de vías de comunicación al conjunto urbano de Carmona, la construcción de nave industrial en la barriada de Guadajoz, etc.- **SEGUNDO.** La parte actora ha prestado servicios para el Ayuntamiento en los siguientes períodos: - Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado de 22.12.2008, para prestar servicios como arquitecto técnico, señalándose como aquella "la redacción de proyectos y dirección de obras en el marco del Fondo Estatal de Inversión local y programa "Proteja", con una duración aproximada de hasta el 21.12.2009 (folios 58 y 59). Por escrito de 24.11.2009 se le comunicó la rescisión del contrato con efectos del día 21.12.2009 (folio 60).- Contrato de



trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de 22.12.2009, para prestar servicios como arquitecto técnico, señalándose como tal la dirección de la ejecución y recepción de obras con cargo al Fondo estatal de inversión local y el programa "Proteja", y redacción de proyectos, dirección de ejecución de obras y su recepción con cargo al fondo estatal para el empleo y la sostenibilidad local para el año 2010, con una duración aproximada el 1.12.2010 (folios 61 y 62). Por escrito de 2.11.2010 se le comunicó la rescisión del contrato con efectos del día 1.12.2010 (folio 63), baja que fue anulada por escrito de fecha de salida de 3.12.2010 (folio 93). En fecha de 2.12.2010 se comunicó que la nueva fecha de finalización de la obra sería la de 30.11.2011 (folios 64 y 65). En fecha de 31.10.2011 el Ayuntamiento comunicó al trabajador "el próximo día 30 de noviembre de 2011. Finaliza el contrato de trabajo temporal suscrito con Vd. y cuyos datos se reseñan al pie. En cumplimiento de las normas vigentes sobre contratación de personal, se le comunica que con esa fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con la empresa, causando baja en la misma" (folio 66).- **TERCERO.**- La obra denominada Red de Agua y Pavimentación Calles Transversales Bda. La Paz, localizada en Carmona, se inició el 17.10.2011 (folio 96).- La obra denominada pavimentación acerados calle Ronda León de San Francisco, localizada en Carmona, se inició el 5.10.2011 (folio 97).- La obra denominada red de agua y pavimentación calle Hermana Lucía, localizada en Carmona, se inició el 17.10.2011 (folio 98).- La obra denominada red de agua y pavimentación calle Guadaira, localizada en Carmona, se inició el 5.10.2011 (folio 99).- La obra denominada cerramiento campo de fútbol y reposición de cuneta en Poblado Guadajoz, localizada en Carmona, se inició el 5.10.2011 (folio 100).- La obra denominada excavaciones arqueológicas de urgencias, localizada en Carmona, se inició el 5.10.2011 (folio **101**).- La obra denominada red de agua, alcantarillado y pavimentación calle Joaquín Costa, localizada en Carmona, se inició el 17.10.2011 (folio 102).- La obra denominada pavimentación plaza Dioclesano, localizada en Carmona, se inició el 17.10.2011 (folio 103).- La obra denominada mantenimiento y consolidación lienzos de muralla, localizada en Carmona, se inició el 17.10.2011 (folio 104).- La obra denominada red de agua, alcantarillado y pavimentación calle Postumio, localizada en Carmona, se inició el 17.10.2011 (folio 105).- La obra denominada pavimentación calle Jorge Bonsor, localizada en Carmona, se inició el 5.10.2011 (folio 106).- La obra denominada red de agua y pavimentación calles transversales Barriada La Paz, localizada en Carmona, se inició el 17.10.2011 (folio 107).- La obra denominada pavimentación calle Ronda León de San Francisco, localizada en Carmona, se inició el 5.10.2011 (folio 108).- **CUARTO.**- En el BOE de 20.1.2012 se publicó la Ley 17/2011 de 23 de diciembre, por la que se modifica las disposiciones dictadas por la CC.AA. de Andalucía en materia de tributos cedidos, la Ley de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad; la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía; diversos preceptos relativos al Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA); la Ley de reordenación del sector público de Andalucía; y la ley del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía; así como se adoptan medidas en relación con el impuesto sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito en Andalucía (folios 135 a 138, que se dan por reproducidos).- **QUINTO.**- La relación laboral se regía por el Convenio colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Carmona, completado con acuerdos con la representación legal de los trabajadores (folios 139 a 166).- **SEXTO.**- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.- **SÉPTIMO.**- La parte actora interpuso reclamación previa en fecha de 22.12.2011 (folios 10 a 17), sin que conste resolución expresa, por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento».

**TERCERO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Patricio , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 16 de septiembre de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación formulado por D. Patricio y confirmamos la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Sevilla, autos nº 85/12, promovidos por D. Patricio contra el Ayuntamiento de Carmona».

**CUARTO.**- Por el Letrado D. Jorge Alberto Garrido Ciria, en nombre y representación de D. Patricio , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2013 (R. 3292/12 ).

**QUINTO.**- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2017, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- 1.- Se recurre la STSJ Andalucía/Sevilla 16/09/15 [rec. 2097/14 ], que confirmó la decisión adoptada por el J/S nº 4 de la misma ciudad en 18/06/12 [autos 85/12] y que tras declarar improcedente el



despido por el que se accionaba, concedió el derecho de opción -entre readmitir o indemnizar en los términos legales- al demandado Ayuntamiento de Carmona, a pesar de la específica previsión contenida en el art. 40 del Convenio Colectivo aplicable, por considerar que «[d]e la hermenéutica gramatical del precepto, se extrae que el trabajador sólo podrá ejercitar el derecho de opción cuando la sentencia que considere el despido improcedente, declare además, una incompatibilidad de carácter personal. Por consiguiente, no se trata de una excepción a la norma general de que la opción es competencia del empleador, a tenor del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores . La norma no regula las consecuencias genéricas del despido improcedente, sino una situación especial de incompatibilidad personal».

2.- Se formula recurso de casación para la unidad de la doctrina por la representación del trabajador, con denuncia de haberse infringido los arts. 3, 56.1 y 82.3 ET , en relación con el art. 40.2 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Carmona y 3 del Código Civil . Y se alega como decisión de contraste la STS 25/11/13 [rec. 3292/12 ], relativa -igualmente- al ejercicio del derecho de opción en supuesto de despido improcedente, producido -también- respecto de personal laboral del mismo Ayuntamiento de Carmona y bajo la misma cobertura normativa pactada.

3.- Nos parece innegable -no lo cuestionan ni la impugnación del recurso ni el Ministerio Fiscal- que en el presente caso se cumple la exigencia de contradicción entre las decisiones contrastadas, en tanto que llegan a conclusiones jurídicas diversas partiendo de idénticos presupuestos fácticos y normativos, pues en tanto la decisión recurrida atribuye -salvo el supuesto excepcional ya referido de «incompatibilidad de carácter personal»- la opción al Ayuntamiento, conforme a la norma general común [ art. 56 ET ], nuestra alegada decisión de contraste se la niega y la atribuye al trabajador. Con ello se da cumplimiento al presupuesto de admisibilidad del presente recurso que establece el art. 219 LJS, en tanto que se llega a diversidad de pronunciamiento respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (últimas, SSTS SG 13/07/17 -rcud 2976/15 -; 18/07/17 -rcud 1532/15 -; y 19/07/17 -rcud 3255/15 -).

**SEGUNDO.-** 1.- Bien se comprende que siendo doctrina de la Sala la ya referida y no habiéndose formulado en su contra objeción sólida alguna -ni por parte de la decisión recurrida ni en la impugnación del Ayuntamiento-, por fuerza hayamos de admitir la denuncia y acoger el recurso, siquiera con algunas precisiones que ciertamente corrigen la doctrina, pero que no afectan a la contradicción y además resultan absolutamente imprescindibles -como se verá- en tanto que determinan los términos en que habrá de ser acogida la pretensión. Y en la justificación de estas precisiones, lógicamente hemos de partir del precepto a interpretar, el art. 40.2 del Convenio Colectivo , a cuyo tenor «El Excmo. Ayuntamiento se compromete a readmitir con todos sus derechos a los trabajadores sobre los que recaigan sentencias de despido improcedente, salvo cuando el trabajador opte por la indemnización, si la resolución judicial declara una incompatibilidad de carácter personal que pueda redundar en la funcionalidad del servicio...».

2.- La parte recurrente no cuestiona, razonablemente, la posible modificación del régimen legal de la opción -entre readmisión e indemnización- previsto en el art. 56 ET y que esta norma atribuye con carácter general al empresario. Régimen ciertamente sustituible por diversa previsión convencional, pues como venimos señalando desde hace tiempo, «la regulación contenida en los arts. 56 ET y 110 LPL tiene carácter de Derecho necesario relativo, que -como tal - puede ser mejorado por la autonomía colectiva. No se trata de Derecho necesario absoluto, de un lado porque son reglas de carácter sustantivo [se ubican en el ET], aún a pesar de haberse incorporado también a un texto de naturaleza procesal [ art. 110 LPL ]; y de otra parte, porque si por norma legal el empresario puede optar por cualquiera de los términos de la opción, no se aprecia inconveniente en que pueda hacerlo de forma genérica y previa a través de la negociación con los representantes de los trabajadores...» (así, por ejemplo, SSTS 11/03/97 -rec. 3967/96 -; 19/09/06 -rec. 123/05 -; 21/06/07 - rcud 194/06 -; y 21/11/08 -rcud 1554/07 -).

3.- A lo que entendemos -aquí radica la rectificación respecto de nuestro precedente de contraste- el citado precepto convencional [ art. 40 del Convenio Colectivo ] propiamente no desplaza el derecho de opción del empresario al trabajador, como precedentemente hemos sostenido, sino que más bien lo que hace la norma pactada es -alterando por completo el régimen común- imponer la regla general de readmisión obligatoria en todo despido declarado improcedente, como si de un supuesto de nulidad se tratase, aunque admite la excepción de que el trabajador pueda optar por la indemnización en los supuestos -obviamente inusuales- de que medie «una incompatibilidad de carácter personal que pueda redundar en la funcionalidad del servicio».

A esta conclusión llegamos, teniendo en cuenta que el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- comporta que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC [recientes, SSTS 24/01/17 -rco 32/16 -; 11/05/17 -rco 191/16 -; y 04/07/17 -rco 200/16 -], siendo destacable que en ellas opera como principal la regla de atender prioritariamente a las palabras e intención de los contratantes (próximas, 26/10/16 -rco 35/16-;



10/11/16 -rco 290/15-; y 11/05/17 -rco 191/16-). Y es precisamente esta regla la que nos lleva a la conclusión antes referida, en tanto que la obligada readmisión como regla se evidencia en la frase el «Ayuntamiento se compromete a readmitir.. », a la par que la excepción de que el despedido pueda optar -pese a todo- por la extinción indemnizada, se proclama inequívocamente con la frase «... salvo cuando el trabajador opte por la indemnización, si la resolución judicial declara una incompatibilidad personal...».

**TERCERO.-** 1.- Es claro que las precedentes consideraciones determinan, tal como adelantamos y mantiene en su informe el Ministerio Fiscal, que la decisión recurrida haya de ser casada y anulada. Pero la pretensión tan sólo puede ser acogida en parte, por resultar inviable -como se verá- en los términos del escrito de demanda [«... condenando a la citada Administración a proceder a la inmediata readmisión del trabajador... salvo opción del actor en sentido contrario...»], y con mayor motivo ha de rechazarse la pretensión que - con inaceptable modificación- se formula exclusivamente en trámite de casación [se «... conceda el derecho de opción en el despido declarado improcedente a favor de nuestro patrocinado...»]. Y ello, tanto por resultar inaceptable la modificación de la pretensión en fase de recurso, cuanto porque en la presente decisión rectificamos - como más arriba se indicó- el criterio expresado en nuestro precedente de contraste, al afirmarse entonces que «el transcrito redactado del precepto no puede ser más claro en cuanto atribuye al trabajador despedido la opción entre la readmisión o la indemnización, cuando su despido sea declarado improcedente...». Una reconsideración del tema nos lleva a afirmar, como expusimos anteriormente, que la norma general que el precepto convencional establece no es la opción del trabajador, sino la obligatoria readmisión, y que tal la opción -del trabajador- únicamente opera en el excepcional supuesto de «incompatibilidad personal» que cumpla el doble requisito de sea expresamente declarada en la resolución judicial y de que por la misma se aprecie que «pueda redundar en la funcionalidad del servicio»; doble exigencia que no concurre en autos - baste para justificarlo, la reproducida argumentación de la recurrida-, lo que justifica los términos en que se expresará nuestra parte dispositiva.

2.- Ello comporta -es obvio- una resolución diversa a la que derivaría de nuestra sentencia de contraste, pero no afecta a la admisibilidad del recurso ni a la procedencia del diverso pronunciamiento, pues -como ya dijimos en muchas otras ocasiones- la circunstancia de que el criterio de la Sala no coincida exactamente con la tesis mantenida en alguna de las dos sentencias contrastadas -aunque la de referencia sea del propio Tribunal Supremo-, ello no impide que se aplique la doctrina que a la hora de resolver el recurso se entienda correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Criterio -además- ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues «pese a que las pretensiones impugnatorias sólo pueden respaldarse en la apreciación de discrepancias entre distintas sentencias, resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas..., siempre que resuelva el debate planteado en suplicación», tal como impone el art. 225.2 LPL [ STC 172/1994, de 7/ Junio , FJ 3]» (entre las últimas, SSTs SG 23/06/14 -rcud 1257/13 -; ... 05/07/16 -rcud 3841/14 -;... y 27/04/17 -rcud 279/16 -).

## FALLO

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

1º.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Patricio . 2º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Sevilla en fecha 16/Septiembre/2015 [rec. 2097/14 ], que a su vez había confirmado la resolución que en 18/Julio/2012 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Sevilla [autos 85/2012]. 3º.- Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación del trabajador, excluyendo la posibilidad del derecho de opción a una y otra parte, y condenando al Ayuntamiento de Carmona a que exclusivamente «readmita al trabajador en su puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido». Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

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