M | MAIO

Martínez Escribano

www.miarez.com

ESTUDIO REVISIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICA DE EXPEDIENTE DE READMISIÓN DE 116 EMPLEADOS MUNICIPALES ACEPTADO POR EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DEL EJERCICIO 2012 DEL AYUNTAMIENTO DE JEREZ.

OBJETO DEL PRESENTE INFORME

La Dirección de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Jerez, de acuerdo con los criterios de la Intervención del mismo Ayuntamiento y con el contenido del Informe de la Dirección General de la Función Pública de 4 de mayo de 2016, solicita informe respecto a los acuerdos transaccionales previstos en 116 procesos individuales derivados del despido colectivo que dicho Ayuntamiento tramitó, informe que dé respuesta a diferentes extremos como si se dan todos los elementos necesarios para las transacciones individuales propuestas, incluidos los casos en que los trabajadores afectados no han recurrido la decisión de improcedencia, si en los casos existen recursos judiciales e incertidumbre sobre el resultado, si en los mismos sería posible un agravamiento de la situación inicial para una y otra parte, si en los acuerdos propuestos individualmente existen concesiones recíprocas, si son adecuados a los intereses del Ayuntamiento y si se considera que en el expediente no se aprecia lesión grave para alguna de las partes, ni se observa fraude de ley ni abuso de derecho.

La respuesta a las citadas cuestiones exige un análisis general del marco normativo aplicable, lo que permitirá entender la valoración jurídica dada en cada uno de los extremos indicados; dicho análisis obliga a examinar los siguientes puntos críticos:

- Si una Administración Pública puede suscribir acuerdos transaccionales y sus límites.
- Si caben acuerdos transaccionales en los procesos sociales pendientes de recurso, sus condiciones y límites.
- Si caben, en particular, acuerdos transaccionales en el orden procesal social en materias afectantes al empleo público y sus límites.
- Si cabe una variación por la Sala de lo Social en los recursos de suplicación del alcance de la condena de las sentencias dictadas en procesos individuales por despido.

www.mirajerez.com

Tras dicho análisis general, deberá hacerse un estudio concreto de cada proceso individual para determinar si se encuentra en fase de recurso de suplicación que pueda conducir a un resultado que justifique el acuerdo transaccional. El estudio concreto de los casos permitirá, con seguridad, distinguir distintos grandes grupos de supuestos o casos sobre los que marcar unos criterios generales, aparte de la referencia individualizada que se hará.

Debemos indicar que nuestras opiniones se fundan en el estudio de la documental que nos ha sido facilitada, cuyas insuficiencias y omisiones hemos ido comunicando de forma reiterada y, aun en la fecha actual, persisten, por lo que este informe debe entenderse que tiene carácter provisional y limitado en su alcance hasta que sea completa e íntegra la documentación facilitada. Ello no altera nuestro análisis general y la opinión sobre temas comunes a todos o un grupo de procesos individuales, pero sí afecta a la valoración de algunos de estos.

www.mirajer.com

1. El acuerdo transaccional en el ámbito de Administraciones Públicas.

Debemos dejar despejado si una Administración Pública puede llegar a acuerdos transaccionales. Abonan la solución favorable las reglas sobre arbitrajes o transacciones que afectan a los derechos de la Hacienda Pública y las reglas sobre terminación convencional de los procedimientos administrativos.

Sin embargo, con respecto a la posibilidad de someter a la administración a arbitraje o transacción, históricamente, nuestro ordenamiento jurídico ha sido renuente a dicha posibilidad de sumisión, incluso en materias jurídico-privadas.[1] Así, el artículo 12 del Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852 prohibió expresamente el juicio de arbitraje en la contratación del Estado. Posteriormente, tanto el artículo 6 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, como el artículo 41 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, exigían una Ley

[1] Vid. "El sometimiento de los derechos de la hacienda pública a arbitraje o transacción", José Manuel, Rodríguez Muñoz. Revista Quincena Fiscal num.17/2011. Editorial Aranzadi, SA

para someter a la Administración a arbitraje.

Ya en el ordenamiento jurídico vigente, el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria estatal, especifica que sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esa Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. Paralelamente, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, señala en su artículo 21, que el Consejo de Estado en pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: *8. Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.* Dado que, como establece el artículo 2.2, párrafo segundo de la misma norma, la consulta al Consejo será preceptiva cuando en ésta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos, parece evidente que los dictámenes del Consejo de Estado no serán vinculantes en el caso que nos ocupa.

El mismo tenor literal encontramos en la regulación de los superiores órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, que refieren la preceptividad y no vinculación del Dictamen en esos mismos casos.

En particular, debemos destacar que la Ley 8/1993, de 19 de octubre, del Parlamento de Andalucía creó el Consejo Consultivo de Andalucía estableciendo su art. 17. 13 que el Consejo deberá ser consultado preceptivamente en las *"transacciones de las Entidades Locales que superen el 5 por ciento de los recursos ordinarios de su Presupuesto"*. El art. 18 permite igualmente recabar su dictamen en los asuntos en que no sea preceptivo, pero lo requieran por su especial trascendencia o repercusión, lo que dejamos indicado para su consideración en el caso.

Igualmente el artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en un precepto no básico, insiste en que no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno. Concretamente en exégesis de este precepto, se ha afirmado que se admitirá la utilización de estas soluciones alternativas

www.mirajerez.com

de resolución de conflictos cuando estén en juego bienes privados de la administración, pero no demanio público, por razón de las finalidades que uno y otros están llamados a cumplir

Como vemos, idéntico contenido y reiterado mensaje de prohibición como regla general, y autorización del gobierno como excepción reglada. Asimismo, algunas leyes autonómicas reguladoras de su patrimonio, posteriores a la básica de 2003, reiteran el principio anterior, con idéntica excepción y garantía de control del órgano consultivo autonómico.

De igual manera, el artículo 24 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción según Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748) , dispone que no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

Por otro lado, cabe reseñar que el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estableció que «las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presenta Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo».

Y en la misma norma, en sede administrativa, encontramos el artículo 88, que consagra la terminación convencional de los procedimientos administrativos. El precepto establece las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado,

www.mialerez.com

con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Dichos instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

En sede judicial, en el orden contencioso administrativo, debemos mencionar el artículo 77 de la ley 29/1998, de 13 de julio, que permite que en los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, pueda someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

Si las partes llegarán a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

En sede contenciosa, al ser parte la administración, la doctrina, de nuevo, se ha mostrado cauta la ahora de admitir la posibilidad de transacción en materia de derecho público, ante la indisponibilidad *in genere* de las potestades públicas, aunque

www.mirajerez.com

finalmente, como afirma GONZÁLEZ PÉREZ, «será admisible la transacción respecto de relaciones jurídico administrativas en la medida en que la administración pública titular goce de un margen de disponibilidad con arreglo al ordenamiento jurídico».[2]

En este caso, estamos hablando de una transacción judicial, supuesto sometida a la fiscalización del acuerdo transaccional del juez o tribunal en el que se desarrolla el proceso, para poner fin al mismo, una vez iniciado éste. Nos interesa, no obstante, retener los requisitos de control judicial sobre el acuerdo o convenio transaccional, por cuanto pueden ser de aplicación a la problemática que estamos analizando.

La *transacción* es un «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado»[22](artículo 1809 del Código Civil). De un lado, la transacción mantiene como nota común con el arbitraje la existencia de una cuestión litigiosa (de ahí que en ocasiones se regulen en un mismo cuerpo legal), pero mientras que en el arbitraje la cuestión litigiosa puede ser presente o futura, la transacción sólo puede tener lugar respecto a controversias ya surgidas; no es posible que las partes acuerden transigir, en su momento, sobre una futura controversia.

Son tres las circunstancias que deben concurrir para poder acudir al instituto de la transacción (entre otros, Dictámenes del Consejo de Estado 929/1997, de 10 de julio y 3239/2003, de 18 de diciembre):

- El contrato de transacción tiene como presupuesto la existencia de una relación jurídica controvertida, dudosa o, al menos, tenida por tal por las partes, y la intención de las partes de sustituir esa relación dudosa por otra cierta e incontestable (timor litis). El medio o instrumento empleado por las partes para alcanzar este fin es el de hacerse recíprocas concesiones (aliquid datum, aliquid retentum). Esta configuración del contrato de transacción, presente en la doctrina del Consejo de Estado (así, por ejemplo, dict. núm. 50.867/49.433, de 28 de abril de 1988, y dict. núm. 764/92, de 9 de julio de 1992), pone de manifiesto los elementos o requisitos necesarios para su celebración. En primer lugar, por tanto, tiene que existir una relación jurídica incierta o dudosa. Esta incertidumbre se

[2] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (BIB 2011, 579) , 6ª ed., Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 805.

vincula con la posibilidad de que se produzca un litigio sobre la misma, con independencia de que para un tercero o para una de las partes, o incluso para las dos, no haya dudas en cuanto a la realidad y contenido de dicha relación jurídica. Este concepto amplio de la transacción se diferencia del concepto estricto codificado por Napoleón (artículo 2044.1 del Code) que siempre refiere esta figura a la existencia de una figura litigiosa (contestation).

- El segundo de los elementos es de índole subjetiva, y consiste en la intención o deseo de las partes de poner término a la situación de incertidumbre. Obviamente, el estudio de si este presupuesto concurre o no, no puede ser objeto de estudio apriorístico, sino que habrá de ser examinado en cada caso. En todo caso, han de tenerse en cuenta las especiales exigencias que impone la presencia de un interés público en la formación de voluntad del ente público y en la motivación de la decisión adoptada.

- El tercero de los elementos consiste en «la instrumentación de tal intención a través de recíprocas concesiones» (dict. 764/92, de 9 de julio de 1992). Obviamente, el examen de la concurrencia de este presupuesto ha de hacerse, igualmente, caso por caso, mediante el examen del contrato de transacción al que pudieran llevar. No obstante, resulta posible hacer dos afirmaciones. Por un lado, que su concurrencia no parece que pueda plantear dificultades, en la medida en que el proceso de negociación iría precisamente dirigido a definir los compromisos y concesiones de cada una de las partes; por otro, es preciso advertir que la definición de las mutuas concesiones no ha de traducirse, necesariamente, en un absoluto equilibrio y reciprocidad entre ellas.La jurisprudencia viene interpretando este requisito de forma bastante amplia, de modo que se exige la existencia de recíprocas concesiones, pero se admite que, frente a una concesión material de una de las partes, la otra haga una concesión puramente moral o inmaterial, que puede incluso consistir en el simple ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8618]). Como afirma PÉREZ CONESA, la existencia recíprocas prestaciones supone que cada parte debe sacrificar total o parcialmente las pretensiones defendidas en la controversia, de donde se deriva su carácter bilateral y oneroso, pues ambas parten realizan, bien recíprocas renuncias parciales de sus pretensiones y aceptaciones parciales de las del oponente, o bien una parte consiste la renuncia de sus pretensiones en su totalidad a cambio

www.mirajerez.com

de una contraprestación o de la creación de una relación jurídica.

Junto a los tres presupuestos señalados, han de concurrir los requisitos necesarios de todo contrato, y entre ellos, la legalidad del objeto, lo que proscribe que el pacto se pueda referir al ejercicio de potestades cuya disponibilidad queda al margen de la voluntad de los contratantes.

Sobre el objeto susceptible de ser sometido a transacción, hechas las cautelas ya formuladas sobre la imposibilidad de transigir sobre potestades públicas o bienes demaniales, debemos acudir a la doctrina, que ha hecho algo de luz al respecto.

Así, además de las materias sobre las que el ordenamiento jurídico ejerza potestades discrecionales, posibilidad apuntada por FERNÁNDEZ MONTALVO,SANTAMARÍA PASTOR añade que cuando el litigio versare «sobre una determinación de cantidad, (tras la anulación del acto administrativo que la niega), la transacción es posible en todo caso, tanto si el importe de la deuda de cualquiera de las partes fuera susceptible de fijación exacta en aplicación de preceptos legales o reglamentarios, como si no lo fuera».

La exégesis del referido artículo 7.3 de la Ley General presupuestaria, así como del artículo 31 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas han de realizarse, a la luz de la doctrina del Consejo de Estado, en base a que lo que prescriben ambos preceptos, que la excepción a la regla general de interdicción del sometimiento a arbitraje y transacción sobre derechos de la hacienda pública, debe realizarse de forma individualizada, para cada operación, contrato o en general, negocio jurídico, en el que se pretenda llegar a transacción o someter a arbitraje, derechos de la Hacienda Pública. Así lo ha entendido indubitadamente el Consejo de Estado, cuando en todas y cada una de la veces que ha sido consultado sobre el sometimiento de la administración estatal a transacción o arbitraje, lo ha sido en el seno de una operación o negocio jurídico concreto, y el supremo órgano consultivo estatal, ha entrado a conocer en cada caso, de la cláusula de sometimiento a arbitraje, o del convenio transaccional concreto, con análisis y pronunciamiento sobre sus condiciones, formas y contenidos.

Dicho ello, cabe preguntarnos, cuál es el contenido de la función de garantía y control de legalidad del acuerdo transaccional, sus límites y condiciones para los órganos judiciales o consultivos y, por ende, para la propia Administración interesada. Creemos que la respuesta la da el artículo 77 de la Ley procesal contencioso administrativa.

www.miraljerez.com

Recodemos que somete los convenios de transacción intrajudicial a la fiscalización del juzgador del litigio, que resolverá en Auto, pronunciándose sobre los siguientes aspectos:

A- Que la transacción no fuera manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico.

B- Que el acuerdo no sea lesivo para el interés público.

C- Que el acuerdo no sea lesivo para terceros.

De la primera condición, llamamos la atención sobre la expresión «manifiestamente». En realidad, no se entiende su formulación en la Ley procesal. Si el acuerdo transaccional es contrario al ordenamiento jurídico, da igual que dicha objeción de legalidad sea flagrante o evidente, o más sutil y precise de interpretación o argumentación. Si el acuerdo de transacción o de sometimiento a arbitraje que pretende la administración sobre derechos económicos es contraria al ordenamiento jurídico, es causa suficiente para su rechazo. Dicha ilegalidad puede estribar, tanto por materia de forma (no haber sido acordado por el Conejo de ministros o por el Consejo de Gobierno autonómico), como en razones de fondo.

Sobre el segundo aspecto, que el acuerdo transaccional o pacto o convenio arbitral no sea lesivo para el interés público, GONZÁLEZ PÉREZ, pone de relieve que será lesivo aquel acuerdo en el que no existiera incertidumbre en la relación jurídica, y la solución correcta y judicial de la litis hubiera sido ostensiblemente mas favorable para la administración, o cuando, existiendo incertidumbre, la seguridad conseguida ha sido a costa de una concesión igualmente excesiva o desproporcionada por la Administración, con respeto a la concesión obtenida por la otra parte.

Por último, debe comprobarse que el acuerdo transaccional o convenio arbitral no sea lesivo para terceros, lo que implica que, existiendo terceros interesados o legitimados en la relación jurídica de las partes, debe comprobarse que se les ha oído y tenido en cuenta sus intereses y pretensiones a la hora de transar, y que el acuerdo no lesiona sus intereses legítimos o derechos.

Concluimos con las referencias a supuestos concretos de acuerdos en el ámbito administrativo, como el acuerdo indemnizatorio del art. 8 del RD 429/1993, en materia de responsabilidad patrimonial- norma que prevé que no cabe ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de la existencia de responsabilidad,

sino que el acuerdo sólo puede extenderse al modo de pago y a la cuantía-. Otro ejemplo lo podemos encontrar en el caso del art. 24 de la LEF, referente a los convenios expropiatorios sobre el justiprecio, en la extinción del contrato de la legislación del sector público por mutuo disenso, o en los convenios urbanísticos. En el ámbito tributario, el art. 100 de la LGT no contempla la terminación convencional como causa de extinción del procedimiento; sin embargo, la misma sí regula las actas con acuerdo y las actas de conformidad. De acuerdo con la Exposición de Motivos, las mismas tienen por finalidad reducir la conflictividad en el ámbito tributario.

www.mirajerez.com

2. El acuerdo transaccional en los procesos laborales, según la legislación y la doctrina jurisprudencial social: Autos TS y Sala Sevilla

De acuerdo con la doctrina más autorizada[3], hasta la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) y en ausencia de una específica disposición en el proceso social, en el caso de que las partes alcanzasen un acuerdo transaccional sobre la materia que constituía el objeto del proceso, resultaba de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil por su supletoriedad y, en concreto, lo dispuesto en el art. 19 de dicha Ley. El citado precepto establece expresamente que «los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero»; así mismo, en el apartado 2 de dicho precepto se dispone igualmente que «si las partes pretendieran una transacción

[3] Ignacio Garcia-Perrote Escartin y Jesús R., Mercader Uguina, en "La frecuentada solución procesal del convenio transaccional en fase de recurso", Revista de Información Laboral num.2/2015, Ed. LEX NOVA

judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin»; y en el apartado 3 se señala que «los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia». El último apartado permite, pues, llevar a cabo en cualquier momento del proceso los actos de disposición enunciados en los apartados anteriores.

Bajo la vigencia de la normativa procesal social anterior a la LRJS, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo interpretó, entre otros, en los Autos de fechas 11 de enero de 2001 (Rec. 979/2000), 25 de octubre de 2001 (Rec 3110/2001), 8 de noviembre de 2006 (Rº 3649/2005), 24 de enero de 2007 (Rº 3159/2005), 15 de marzo de 2007 (Rº 2248/2006), 17 de julio de 2007 (Rº 1933/2006), 18 de julio de 2007 (Rº 45/2007), 21 de noviembre de 2007 (Rº 1871/2006), 14 de marzo de 2008 (Rº 1200/2007), 20 de junio de 2008 (Rº 1301/2007), 12 de febrero de 2009 (Rº 3939/2008) y 20 de junio de 2013 (Rº 893/2013), que las partes podían disponer válidamente del objeto del proceso, en cualquier momento del mismo, y, en concreto, en fase de recurso.

Los referidos pronunciamientos subrayaron que no jugaba en estos casos la prohibición del art. 245 de la anterior Ley Procesal Laboral–que disponía expresamente que «se prohíbe la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador»- porque sólo puede entenderse referida a sentencias firmes, ni tampoco el supuesto contemplado en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores porque el eventual derecho de la parte actora sólo tiene un reconocimiento provisional en el marco de un litigio. Fuera del marco laboral, la doctrina jurisprudencial aplicaba las reglas generales del ordenamiento civil, haciendo referencia a que el objeto de la transacción no se halla comprendido dentro de ninguna de las prohibiciones contenidas en el art. 1814 del Código Civil ni tampoco puede desprenderse del mismo que sea fraudulento, a los efectos del art. 6.4 del mismo Código.

Por ello, se entendía que se trababa de una transacción merecedora de su homologación, que podía hacerse incluso en sede casacional por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en los términos en que hubiera sido aceptada por las partes, dentro de la facultad de disposición que tienen legalmente reconocida. Se proclamaba

igualmente que la homologación de dicha transacción, en cuanto modo legítimo de terminación del proceso, debía producir sus efectos procesales plenos, lo que significaba que lo acordado sustituía a lo resuelto en las sentencias de instancia y de suplicación, de conformidad con el hecho de que, cual dispone expresamente la regla 3ª del art. 517.2 LEC , el título para la ejecución de lo acordado en estos supuestos lo constituye el Auto de homologación y no lo que pudiera haberse dispuesto en aquellas sentencias anteriores.

Los anteriores principios fueron asumidos expresamente por la ahora vigente LRJS, disponiendo en su art. 235.4 que:

«Las partes podrán alcanzar, en cualquier momento durante la tramitación del recurso, convenio transaccional que, de no apreciarse lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho, será homologado por el órgano jurisdiccional que se encuentre tramitando el recurso, mediante auto, poniendo así fin al litigio y asumiendo cada parte las costas causadas a su instancia, con devolución del depósito constituido. El convenio transaccional, una vez homologado, sustituye el contenido de lo resuelto en la sentencia o sentencias anteriormente dictadas en el proceso y la resolución que homologue el mismo constituye título ejecutivo. La impugnación de la transacción judicial así alcanzada se efectuará ante el órgano jurisdiccional que haya acordado la homologación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad, siguiendo los trámites establecidos para la impugnación de la conciliación judicial, sin que contra la sentencia dictada quepa recurso»

La norma igualmente posibilita alcanzar un convenio transaccional en ejecución definitiva de sentencia (art. 246 LRJS).

Lo más relevante es la expresa previsión de que el acuerdo así alcanzado, y homologado, sustituye al contenido de la sentencia o sentencias citadas en el proceso, y constituye título ejecutivo. Por medio de esta vía se pone fin al litigio, asumiendo cada parte las costas causadas a su instancia con devolución del depósito constituido. La homologación del órgano judicial se producirá a menos que se «apreciase lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho» y, aunque no está previsto,

algún autor entiende conveniente dar audiencia a las partes antes de dictar la correspondiente resolución. El órgano que habrá de acordar la homologación es aquél que se encuentra tramitando el recurso. La denegación implicará la continuación del trámite del recurso.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha homologado acuerdos transaccionales ya bajo el amparo de dicha norma, en procesos individuales y colectivos, siguiendo sin matiz o modificación alguna la doctrina ya sentada bajo la vigencia, entonces solitaria, del art. 19 LEC, por ejemplo en Autos de 30 de enero de 2014 (Rº 601/2013) y 23 de julio de 2014 (Rº 61/2014).

El Auto del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014 (Rº 601/2013), señala que estamos ante un Acuerdo, semejante a una transacción extrajudicial, aunque no se le denomine así, merecedora de su homologación por esta Sala, en los términos en que ha sido aceptada por las partes, dentro de la facultad de disposición que tienen legalmente reconocida. Y, añade, «la homologación de dicha transacción en cuanto modo legítimo de terminación del proceso debe producir sus efectos procesales plenos, lo que significa que lo acordado sustituye a lo resuelto en las sentencias de instancia y de suplicación, de conformidad con el hecho de que, cual dispone expresamente la regla 3ª del art. 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el título para la ejecución de lo acordado en estos supuestos lo constituye el presente Auto de homologación y no lo que pudiera haberse dispuesto en aquellas sentencias anteriores». Así las cosas, la sala procede a homologar «a todos los efectos el acuerdo de 17 de diciembre de 2013 al que llegaron las partes que intervinieron en este proceso. Dicho acuerdo sustituye lo dispuesto tanto en la sentencia de instancia como en la de suplicación que se dictó en el presente proceso y con ello se declara terminado el mismo. Sin que proceda condenar en costas a ninguna de las partes».

En el segundo supuesto, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de julio de 2013 (autos 14/2013), dictada en proceso de despido colectivo seguido a instancia de los sindicatos LAB y ELA frente a FCC Ámbito S.A., declaró ajustado a derecho el despido colectivo adoptado por la empresa el 10 de mayo de 2013 «en cuanto extingue cuatro contratos de trabajo y no ajustado a derecho en cuanto a las otras doce extinciones, correspondiendo a la demandada la

determinación de unos y otros, de entre los afectados y siguiendo el criterio de menor antigüedad en la empresa dentro de los de la misma categoría». Frente a dicha sentencia formalizaron recurso de casación tanto el demandante LAB, como la empresa. Hallándose en tramitación el recurso ante la Sala, el 10 de julio de 2014 la Sala de instancia elevó a la Sala 4ª el acta de la comparecencia celebrada ante el Secretario Judicial de aquel órgano por la empresa y los dos sindicatos demandantes manifestando haber alcanzado un acuerdo transaccional, el cual adjuntan. Ratificándose a presencia del Secretario Judicial, los comparecientes solicitaron la remisión a la Sala 4ª para la homologación del acuerdo.

En esencia, las partes acuerdan lo siguiente: a) La empresa satisfará a los 16 trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo una indemnización bruta total por la extinción de su contrato de trabajo, producido el 31 de mayo de 2013, equivalente a 33 días de salario por años de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un máximo de 24 mensualidades. b) La diferencia entre la indemnización ya satisfecha y esta indemnización se abonará a los mismos en el plazo de 30 días desde la homologación judicial de este convenio transaccional, mediante transferencia bancaria al número de cuenta donde habitualmente venían percibiendo su salario, salvo que se indique otra distinta.

Señala el Auto del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2014 (Rº 61/2014), que «no apreciándose en el convenio transaccional alcanzado entre las partes lesión grave para alguna de ellas, fraude de ley o abuso de derecho, procede su homologación por esta Sala, como órgano jurisdiccional que se encuentra tramitando el recurso de casación unificadora, mediante el presente auto, poniendo así fin al litigio, sustituyendo este auto el contenido de lo resuelto en la sentencia de instancia anteriormente dictada en el proceso y constituyendo el mismo título ejecutivo; asumiendo cada parte las costas causadas a su instancia, con devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir en casación y acordando que se remitan las actuaciones al órgano judicial de procedencia para que, por el que proceda y con relación a las consignaciones o aseguramientos efectuados para recurrir, se ponga la cantidad acordada en la transacción homologada a disposición del trabajador y el sobrante a disposición de la

www.mirajerez.com

empresa».

Igual consagración ha conseguido la posibilidad de la transacción en **Auto del Tribunal Supremo de 15 diciembre 2015** (Recurso de casación para la unificación de doctrina 2737/2015), que declara lo siguiente:

PRIMERO

1 .- Hasta la entrada en vigor de la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1845) , reguladora de la jurisdicción social), en aplicación de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (DA 1ª.1 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) - Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), una vez que habían llegado las partes a un acuerdo transaccional sobre la materia que constituía el objeto del proceso, ratificado ante la Secretaría de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, devenía aplicable lo dispuesto a tal efecto por el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En el apartado 1 de dicho precepto se dispone expresamente que " los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero "; así mismo, en el apartado 2 de dicho precepto se dispone igualmente que " si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin "; y en el apartado 3 se señala que " los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia ".

2. Del precepto procesal civil trascrito se desprendía claramente que las partes pueden disponer válidamente del objeto del proceso en cualquier momento del mismo y en concreto en el momento en que lo hicieron, situado dentro del ámbito de la competencia funcional de esta Sala. La decisión judicial de homologación del acuerdo procederá siempre que no se produzca en supuestos en los que la Ley

expresamente lo prohíba o lo limite.

3. - En relación con ello, dentro de la normativa laboral de la ahora derogada LPL únicamente existían dos preceptos que aparentemente podrían interferir en el acuerdo de homologación, en concreto: el art. 245LPL en cuanto disponía expresamente que " se prohíbe la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador ", y el art. 3.5 Estatuto de los Trabajadores (ET (RCL 1995, 997)) en cuanto dispone que " los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario... ".

4. Sin embargo, incluso bajo la vigencia de la normativa procesal social ahora derogada, esta Sala interpretó, entre otros, en sus Autos de fechas 11-enero-2001 (rcud 979/2000) (RJ 2011, 834) , 25-octubre-2001 (rcud 3110/2001), 8-noviembre-2006 (rcud 3649/2005), 24- enero-2007 (rcud 3159/2005) (PROV 2008, 130006) , 15-marzo-2007 (rcud 2248/2006), 17-julio-2007 (rcud 1933/2006), 18-julio-2007 (rcud 45/2007), 21- noviembre-2007 (rcud 1871/2006), 14-marzo-2008 (rcud 1200/2007), 20-junio-2008 (rcud 1301/2007), 12-febrero-2009 (rcud 3939/2008) (PROV 2009, 140497) y 20-junio-2013 (rcud 893/2013) (PROV 2013, 346343) , contemplando situaciones semejantes a la aquí producida, que no jugaba en este caso la prohibición del art. 245LPL porque sólo puede entenderse referida a sentencias firmes, ni tampoco estamos ante el supuesto contemplado en el art. 3.5ET porque el eventual derecho de la parte actora sólo tiene un reconocimiento provisional en el marco de un litigio. Fuera del marco laboral el objeto de la transacción no se halla comprendido dentro de ninguna de las prohibiciones contenidas en el art. 1814 del Código Civil (LEG 1889, 27) ni tampoco puede desprenderse del mismo que sea fraudulento, a los efectos del art. 6.4 del mismo Código .

5. Por lo que, en definitiva, se entendía que se trababa de una transacción merecedora de su homologación por esta Sala, en los términos en que ha sido aceptada por las partes, dentro de la facultad de disposición que tienen legalmente reconocida y se proclamaba que la homologación de dicha transacción en cuanto modo legítimo de terminación del proceso debía producir sus efectos procesales plenos, lo que significaba que lo acordado sustituía a lo resuelto en las sentencias de instancia y de suplicación, de conformidad con el hecho de que, cual dispone

expresamente la regla 3ª del art. 517.2 LEC , el título para la ejecución de lo acordado en estos supuestos lo constituye el Auto de homologación y no lo que pudiera haberse dispuesto en aquellas sentencias anteriores.

SEGUNDO

1.- Los anteriores principios fueron asumidos expresamente por la ahora vigente LRJS, disponiendo en su art. 235.4 que " Las partes podrán alcanzar, en cualquier momento durante la tramitación del recurso, convenio transaccional que, de no apreciarse lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho, será homologado por el órgano jurisdiccional que se encuentre tramitando el recurso, mediante auto, poniendo así fin al litigio y asumiendo cada parte las costas causadas a su instancia, con devolución del depósito constituido. El convenio transaccional, una vez homologado, sustituye el contenido de lo resuelto en la sentencia o sentencias anteriormente dictadas en el proceso y la resolución que homologue el mismo constituye título ejecutivo. La impugnación de la transacción judicial así alcanzada se efectuará ante el órgano jurisdiccional que haya acordado la homologación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad, siguiendo los trámites establecidos para la impugnación de la conciliación judicial, sin que contra la sentencia dictada quepa recurso ", que a posibilitado incluso alcanzar un convenio transaccional en ejecución definitiva de sentencia (art. 246 LRJS (RCL 2011, 1845)). En este sentido, entre otros, los AATS/IV 17-febrero-2014 (rcud 129/2013) (PROV 2014, 79661) , 11-junio-2014 (rcud 255/2014), 30-junio-2014 (rco 190/2013) (PROV 2014, 210462) , 23-julio-2014 (rco 61/2014), 22-diciembre-2014 (rcud 427/2014), 11-mayo-2015 (rcud 812/2014) (PROV 2015, 196990) o 5-noviembre-2015 (rcud 668/2015) (PROV 2015, 301225) .

2. Por lo expuesto, no apreciándose en el convenio transaccional alcanzado entre las partes lesión grave para alguna de ellas, fraude de ley o abuso de derecho, procede su homologación por esta Sala, como órgano jurisdiccional que se encuentra tramitando el recurso de casación unificadora, mediante el presente auto, poniendo así fin al litigio, sustituyendo este Auto el contenido de lo resuelto en las sentencias dictadas en el proceso y constituyendo este Auto el nuevo título

ejecutivo; asumiendo cada parte las costas causadas a su instancia, y acordando que se remitan las actuaciones al órgano judicial de procedencia.

El convenio transaccional también ha sido homologado en distintos supuestos por la Audiencia Nacional, así en Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 2014 (Proc. 251/2014),aunque pudiera ser más complejo resolver el aspecto competencial en tal caso, pues resuelve en relación con el caso de una empresa (Atento) que había promovido un despido colectivo y que fue declarado nulo por Sentencia de la Audiencia Nacional, tras la cual tanto la empresa como la Confederación Intersindical Galega (CIG), uno de los demandantes, anunciaron Recurso de Casación contra la Sentencia dictada por la Sala. Posteriormente, todos los Sindicatos que habían sido parte en el procedimiento, como demandantes y como demandados, incluyendo a CIG, que no había participado en el periodo de consultas, firmaron el 3 de diciembre de 2014 un acuerdo transaccional en el que daban por concluido el procedimiento judicial de impugnación del despido colectivo, reconociendo el despido colectivo como no ajustado a derecho, optando la empresa por la readmisión de una parte de los trabajadores –aunque no consta en el Auto, todo parece indicar que los que no se habían adscrito voluntariamente a la medida de baja indemnizada- y por el abono de indemnización para el resto de los trabajadores, manteniendo la que ya habían percibido en el momento del despido. En el caso de los trabajadores readmitidos, la empresa se comprometía igualmente en el acuerdo transaccional a abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de readmisión, con regularización de las cantidades ya percibidas, y a reintegrar al SEPE las prestaciones abonadas a dichos trabajadores. Además, en el acuerdo transaccional las partes expresamente desistían de los recursos de casación planteados contra la Sentencia de la Audiencia Nacional. La empresa solicitó a la Sala la homologación del mismo, lo que el Tribunal acuerda previa comparecencia y ratificación en sede judicial del acuerdo alcanzado por todos los que fueron parte en el procedimiento.

La homologación del acuerdo transaccional alcanzado se ampara en tres argumentos que aparecen reiteradamente en todas las resoluciones judiciales dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo antes citadas, antes y después de la vigencia del art.

www.miniejerez.com

235.4 LJS:

a) Que las partes pueden disponer válidamente del objeto del proceso durante toda la tramitación del mismo, correspondiendo la homologación al Tribunal que esté tramitando el proceso en el momento de solicitarse la homologación, lo que en el caso lleva a la competencia de la Sala de la Audiencia Nacional al no haberse todavía elevado los autos al Tribunal Supremo tras el anuncio del recurso de casación interpuesto por uno de los demandantes y por el demandado.

b) Que la transacción no está prohibida por el art. 246.1 LJS, aunque prohíbe la renuncia a los derechos reconocidos en sentencias favorables al trabajador, no solo ni fundamentalmente porque el propio precepto admite la transacción en este caso, aunque con limitaciones, sino sobre todo porque es una prohibición referida a las Sentencias firmes, y que por tanto no es de aplicación a la transacción alcanzada cuando la Sentencia no ha ganado firmeza y el proceso se encuentra todavía en cualquier fase de su tramitación.

c) Que la prohibición de renuncia de derechos prevista en el art. 3.5 ET tampoco es obstáculo a la transacción, por el propio carácter provisional del reconocimiento del derecho en el marco de un litigio en el que la Sentencia está recurrida en casación, y por tanto el derecho está todavía en curso de eventual reconocimiento definitivo.

d) Que en todo caso el acuerdo alcanzado no tiene carácter fraudulento ni vulnera las prohibiciones generales que para la transacción como negocio jurídico establece el artículo 1814 CC.

No obstante, la posibilidad de que el procedimiento de impugnación del despido colectivo por la vía del art. 124 LJS termine con una transacción, mediante conciliación anterior a la Sentencia o mediante acuerdo transaccional, como en el caso, después de la Sentencia de instancia, plantea todavía múltiples incógnitas, en aquellos supuestos en que no se consiga unanimidad de todas las partes o no todas las partes estén demandadas en el procedimiento. Debemos advertir, en todo caso, que la diversidad de objetos de los procesos de despido colectivo y despidos individuales en ejecución del anterior permite que la transacción pueda darse en estos últimos, aunque no se haya dado en el anterior, precisamente cuando la incertidumbre que se quiere resolver con la

www.mirajerez.com

transacción deriva de la controversia sobre aspectos propios de los procesos individuales.

No podemos dejar de indicar que cabe la impugnación de la transacción judicial así alcanzada, que se efectuará ante el órgano jurisdiccional que haya acordado la homologación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad. Por lo que respecta a la competencia funcional para conocer de la impugnación de la transacción judicial, corresponde al Tribunal que lo hubiera homologado. No obstante, cabe, finalmente, distinguir dos posibles situaciones:

- En primer lugar, que el auto acuerde la homologación. En este caso, el cauce adecuado para su impugnación es el ejercicio de la acción de nulidad. Parece claro que el acuerdo podrá ser objeto de impugnación por las partes por las causas que invalidan los contratos, pero también lo podrán ser por terceros (p.ej. Fogasa) sobre la base de la existencia de ilegalidad o lesividad. Los trámites son los establecidos para la impugnación de la conciliación judicial (art. 67 y 84.6 LJS), siendo irrecurrible la sentencia que la resuelva.
- En segundo término, el auto que deniega la homologación sería recurrible en reposición (art. 186 y 187 LJS).

Finalmente, en Auto de la Sala de lo Social del TSJA con sede en Sevilla de 13 de junio de 2013 (Auto núm. 77/2013), la Sala igualmente entiende aplicable el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y entiende procedente su aplicación de acuerdo con los mismos criterios interpretativos antes mencionados que establece el Tribunal Supremo, aludiendo la Sala de Sevilla a los Autos de 17 julio 2007 y 28 marzo 2012 del Tribunal Supremo.

De acuerdo con esos criterios, los acuerdos transaccionales en el presente caso se deben presentar en este momento ante la Sala de lo Social del TSJA con sede en Sevilla para su homologación, pero también cabrían instarse ante el Tribunal Supremo, tras la sentencia de dicha Sala si se formulara recurso de casación para unificación de doctrina, momento en que sin embargo la posición de las partes pudiera variar según el criterio sentado por la Sala del TSJA sobre el fondo del asunto.

La homologación requiere que la Sala considere que no concurren lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho. El mero acuerdo de las partes o la existencia de informes favorables internos o de instancias externas como la

www.mirajerez.com

Dirección General de Función Pública no vinculan a la Sala, especialmente en su valoración de tales límites de ilegalidad o lesividad, que son criterios a tener en cuenta en forma especialmente intensa en estos casos. Ello aconseja especiales cautelas que luego comentaremos al presentar y documentar los acuerdos transaccionales ante la Sala.

3. El acuerdo transaccional en el orden social por un Ayuntamiento en materia de empleo público

Terminamos esta parte general con una referencia singular al caso de acuerdos transaccionales por Ayuntamientos en que los Tribunales han examinado el régimen de requisitos y límites para cumplir las garantías legales sobre el sistema de empleo público.

En Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (Nº de Recurso: 778/2014)se da una visión más actualizada y completada del régimen de la transacción, recordando los criterios generales, pero con especial referencia a los preceptos legales sobre acceso al empleo público.

El Auto cita, así, el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 235.4 LRJS. Recchaza igualmente que su homologación pueda rechazarse invocando los arts. 246.1 de la LRJS , que prohíbe la renuncia de los derechos reconocidos por Sentencias favorables al trabajador", o 3.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , invocando igualmente las limitaciones ex artículos 6.4 y 1814 del Código Civil.

Sin embargo, como en el caso el acuerdo transaccional preveía la transformación una actual relación profesional en contrato laboral indefinido no fijo, el Tribunal Supremo advierte que

> *el análisis de la cuestión exige ciertas precisiones, a la luz de los artículos 61-7, 70 , 83 , Disposición Adicional Primera , Disposición Transitoria cuarta y Disposición Derogatoria única D y F de la Ley 7/2007 de 12 de Abril del Estatuto Básico del Empleado Público .*

Artículo 61.7.- Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concursooposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

Artículo 70.- Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

Artículo 83.- La provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera.

Disposición Adicional primera.- Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.

Disposición Transitoria cuarta.- 1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.

www.miriajerez.com

Dado el carácter de Administración Local de la demandada, que a su vez dispone en un ámbito que no es el estrictamente patrimonial de dicha Administración, pero que obviamente es público y por afectar al empleo entra en una esfera sujeta a especial control legal que requiere el análisis de la extensión de competencias de las que son exponente los preceptos a los que nos referimos a continuación. El Real Decreto Ley 781/1986 de 28 de abril de Texto Refundido de disposiciones vigentes del Régimen Local remite en su artículo 177-1 º en cuanto a la selección del personal laboral al artículo 103 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril , (Ley de Bases del Régimen Local), el cual establece que al personal laboral será seleccionado por la propia Corporación, atendiéndose en todo caso a lo dispuesto en el artículo 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantas reúnan los requisitos exigidos.

El precepto que se indica, artículo 91, dispone que las Corporaciones Locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal. La Selección debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garantice, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como el de publicidad.

Llegados a la distribución de competencias, el artículo 22.2 otorga al Pleno de la Corporación la facultad de aprobación de la plantilla y relación de puestos de trabajo, función no delegable y el artículo 21 otorga al Alcalde la de aprobar las bases de ls pruebas para la selección de personal, y para los concursos de provisión. Con arreglo al apartado h) ostenta la Jefatura superior de todo el personal lo que incluye el despido del personal laboral.

En el presente supuesto la contratación ofrecida, a quien ya ostenta la condición de trabajador por cuenta del Ayuntamiento es la de indefinido no fijo, algo que permite incardinar la transacción en los límites de las atribuciones que cabe reconocer al Alcalde-Presidente de la Corporación sin que se produzca

www.mirajerez.com

quebranto de los principios de igualdad, mérito y capacidad que deberán regir la contratación para las Administraciones Públicas.

En este punto destacamos que los informes obrantes en autos reiteran que los acuerdos transaccionales no suponen la conversión en fijo de ningún trabajador que no tuviere tal condición.

Por otro lado, llamamos la atención a que los términos de la transacción han sido objeto de distintos acuerdos de órganos municipales, pero, con seguridad, los términos de cada supuesto individualizado deberán ser sometidos a nueva aprobación expresa del órgano competente, sobre lo que se pronuncia el informe del Gabinete Jurídico de 28 de julio de 2016 en términos que asumimos.

4. Régimen jurídico de las sentencias por despido y su modificabilidad en vía de recurso

La cuestión a examinar, seguidamente, es si existe la incertidumbre y el riesgo de agravación adecuados que expliquen los acuerdos transaccionales y ello porque sea posible la agravación o modificación de la situación procesal del Ayuntamiento como consecuencia de los recursos de suplicación existentes, en primer lugar, porque pudieran dejar sin efecto, alterar o modificar el sentido de la opción por la indemnización ejercitada por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera tras el dictado de las Sentencias de los Juzgados de lo Social declarando la improcedencia de las decisiones extintivas operadas.

El artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) que regula los efectos del despido improcedente, dispone en relación con el ejercicio de opción que se ejercita dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, que

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.

Por su parte, el artículo 111 regula los efectos de la opción ejercitada por el empresario en caso de recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido, disponiendo que

1. *(...)*

a) ...

b) *Cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuera interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la readmisión mientras penda el recurso, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario.*

Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera interpuesto el trabajador elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de la opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera opción, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario a la Entidad Gestora.

2. *Cualquiera que sea el sentido de la opción ejercitada, ésta se tendrá por no hecha si el tribunal superior, al resolver el recurso, declarase nulo el despido. Cuando se confirme la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado.*

De lo expuesto se concluye que el empresario que ve incrementado el montante indemnizatorio adeudado al trabajador puede mudar su opción a favor de la opción y

www.miabogados.com

optar por la readmisión. La retractación empresarial está prevista, pues, en el supuesto en que se eleve el *quantum* indemnizatorio derivado de la calificación de improcedencia de la decisión extintiva.

Asimismo, es posible la modificación de la opción en aquellos casos en los que el Tribunal Superior de Justicia declare la nulidad del despido que en la instancia fue calificado como improcedente.

Por tanto, la opción, en nuestro caso, por la indemnización tras la sentencia de instancia es irrevocable y únicamente es posible cambiar de elección en los casos (i) que se hubiese optado por la indemnización y además para el exclusivo supuesto de que la sentencia de suplicación hubiese elevado su cuantía o (ii) el Tribunal Suplicatorio altere la calificación de improcedencia de la decisión extintiva y declare la nulidad.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Social prohíbe expresamente la posibilidad de alterar el sentido de la opción por la indemnización por la readmisión, disponiendo de manera clara el artículo 111.1.b) que en tales casos *no procederá la readmisión mientras penda el recurso*.

Nuestra jurisprudencia y doctrina judicial es unánime al respecto, limitando la posibilidad de modificar el sentido de la opción a los supuestos legalmente establecidos antes mencionados.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 dispone que

> *La obligada opción por la readmisión o indemnización –tras la sentencia de instancia –es irrevocable y únicamente es posible cambiar de elección en el caso de que se hubiese optado –en instancia –por la indemnización y además para el exclusivo supuesto de que la sentencia de suplicación hubiese elevado su cuantía.*

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de septiembre de 2014 que interpreta el artículo 111 LRJS, manifestando que, al incrementarse por la Sentencia la cuantía de la indemnización, cabe la modificación del sentido de la opción,

www.mirajerez.com

> *Y en tal supuesto la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo.*

Consecuentemente, en tal caso, la empresa tiene de nuevo el derecho de optar, bien por la readmisión, con abono de los salarios de tramitación, bien por indemnizar en la cuantía señalada por la Sentencia.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de junio de 2014 expresamente manifiesta que

> *Consta en los autos que la empresa Eulen, S.A. había optado por la indemnización pero al incrementarse la cuantía de la misma, resulta de aplicación el penúltimo párrafo del artículo 111.b) de la LRJS, conforme al cual "Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera interpuesto el trabajador elevase la cuantía de la indemnización , el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad gestora...". Consecuentemente, la empresa tiene de nuevo el derecho de optar bien por la readmisión, con abono en este caso de los salarios de tramitación, o bien por indemnizar en la cuantía señalada.*

Resulta especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de enero de 2002 que reconoce que la opción por la indemnización produce la extinción de la relación laboral, por lo que no cabe alterar el sentido de aquélla.

www.mirajerez.com

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla –La Mancha de 25 de febrero de 2005 afirma en relación con las posibles variaciones del sentido de la opción tras la declaración de improcedencia de la decisión extintiva que

> *Toda vez que la empleadora demandada optó por la readmisión de la trabajadora, es de aplicación lo que señala el artículo 111.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establece que cuando se confirme la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado.*

Confirma la Sala Suplicatoria que la única posibilidad de variar el sentido de la opción es cuando el empresario opta por la indemnización y la sentencia que resuelve el recurso eleva esta indemnización, justa consecuencia de la agravación de las condiciones que determinaron la inicial opción empresarial.

En definitiva, las opciones por la indemnización manifestadas por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera podrán ser variadas en aquellos casos en los que la Sala Suplicatoria modifique la indemnización (en el caso que se hubiera denunciado vulneración al respecto) o declare la nulidad del despido.

Como decimos, las normas antes citadas prevén igual efecto de agravación de la condena si el despido se declara nulo por el Tribunal Superior; sin embargo, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, que limita su objeto al análisis de las infracciones que se denuncien y las pretensiones que se formulen, esta posibilidad pudiera darse en los casos donde la parte recurrente inste dicha declaración de nulidad del despido, planteando la concurrencia de alguna de las causas de nulidad de los arts. 122.2 y 124.13 LRJS.

Ello igualmente cabía declararlo de oficio con anterioridad a la reforma laboral del RDL 3/2012, pues tanto el artículo 124 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral como el artículo 124 LRJS en su primera versión disponían que «El órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente

prevista» . Con tal fundamento, la jurisprudencia del Tribunal supremo entendió, sin fisuras, que esa declaración de nulidad prevista por la norma era aplicable y se producía de manera directa en todos los casos de despidos (o extinciones a ellos asimilables, computables a los efectos de la consideración del despido como colectivo) que incurrieran en cualquier causa de nulidad, especialmente cuando los despidos individuales superasen los umbrales numéricos que se contienen en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores por no haberse seguido los trámites del hoy extinguido expediente de regulación de empleo (por todas: SSTS de 3 (RJ 2012, 9584) y 8 de julio de 2012 (RJ 2012, 9967). La norma transcrita pretendía evitar que se eludiesen por el empresario los derechos y garantías establecidos en el artículo 51 ET.

El Tribunal Supremo, sin embargo, **en sentencia de 17 de mayo de 2016** (sentencia núm. 430/2016) no mantiene la vigencia de la posibilidad de "declaración de oficio" que podría conducir a que la Sala apreciara la nulidad aunque no se hubiere invocado. En tal sentencia ha declarado que *"en la actualidad el tenor literal de la norma transcrita ha desaparecido"* con la paralela eliminación de la autorización administrativa y del expediente de regulación de empleo entendido como procedimiento administrativo especial dirigido a obtener de la autoridad laboral autorización para poder proceder a efectuar despidos por causas técnicas, organizativas, productivas o económicas en número superior a los umbrales del artículo 51.1ET, si bien cabrá apreciar la nulidad cuando se invoque tanto en impugnaciones colectivas como en individuales sin previa impugnación colectiva.

Las citadas causas de nulidad según el artículo 122.2 LRJS son:

a) *Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

b) *Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

www.mirajerez.com

c) *La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.*

d) *La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.*

e) *La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.*

Lo establecido en las letras c), d) y e) será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

Por su parte, las causas de nulidad establecidas en el artículo 124.13 LRJS son:

a) *Cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no*

haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista.

b) *También será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia.*

El Tribunal Supremo mantiene así la posibilidad de declarar la nulidad en todos esos casos, pero no mantiene la vigencia de la posibilidad de "declaración de oficio" que podría conducir a que la Sala apreciara la nulidad aunque no se hubiere invocado.

Podría plantearse la posibilidad de esa agravación de oficio si se tratara de despidos anteriores al RDL 3/2012, pero en el caso enjuiciado consta que por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22.6.2012 se inicia el procedimiento de despido colectivo, en fecha posterior, pues, a la vigencia de la nueva norma.

Por otro lado, el escenario de la opción por readmisión, modificando así el sentido del fallo de instancia, se abriría igualmente en el caso de acordar la nulidad de las actuaciones por infracción del derecho a la práctica de prueba, retrotrayéndose las actuaciones al momento de celebración del juicio (denuncia que, como manifestamos en los antecedentes, se ha formulado en determinados recursos de suplicación). La nulidad de actuaciones supondría la retroacción del trámite al momento en que se cometiera la infracción procesal, en el caso indicado en el acto de juicio, que habría de reiterarse y tras el mismo se dictaría nueva sentencia por el Juzgado que podría declarar la nulidad del despido o que debería conceder, en caso de declaración de improcedencia de nuevo, la opción entre indemnización o readmisión con abono de salarios de tramitación.

Por agotar los supuestos, también podría variar el escenario si la sentencia de suplicación modificara cuál es el sujeto con derecho de opción, esto es, si en lugar de otorgarse al empresario, se confiere al trabajador. A este le corresponde en caso de ser

representante legal o sindical, delegado de prevención o si se le atribuyera en convenio colectivo.

No es de aplicación, finalmente, aunque estemos en el ámbito del empleado público, el EBEP en su artículo 96.2 que regula la readmisión en aquellos casos en los que el despido disciplinario sea declarado improcedente. Este precepto exige para que proceda la readmisión en el seno de la Administración Pública, que el cese deberá haber sido operado respecto de trabajadores con la condición de personal laboral fijo y, además, debiera haber sido producto de un expediente disciplinario, lo que no sucede.

www.mirajerez.com

5. Las facultades de la Sala de lo Social en los recursos de suplicación respecto a la calificación del despido

Decíamos en el apartado anterior que *"las normas... citadas prevén igual efecto de agravación de la condena si el despido se declara nulo por el Tribunal Superior; sin embargo, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, que limita su objeto al análisis de las infracciones que se denuncien y las pretensiones que se formulen, esta posibilidad pudiera darse en los casos donde la parte recurrente inste dicha declaración de nulidad del despido, planteando la concurrencia de alguna de las causas de nulidad de los arts. 122.2 y 124.13 LRJS."*

Procedemos a desarrollar esta idea esencial de la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación.

La naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, frente a la ordinaria que pudo suponer el recurso de apelación, se pone de manifiesto fundamentalmente por medio de la limitación de lo que constituye el objeto o contenido de la impugnación y por la necesidad de justificarse dicha impugnación en alguna de las causas taxativamente

señaladas por la Ley, que es lo que tradicional y técnicamente viene denominándose motivos o finalidades del recurso.

La existencia de motivos o finalidades específicas para poder impugnar resoluciones judiciales por vía del recurso de suplicación es uno de los importantes elementos que permiten caracterizarlo como un recurso de naturaleza extraordinaria. No es suficiente con la mera disconformidad de las partes litigantes con el pronunciamiento obtenido en la sentencia, sino que se requiera su justificación en alguna de las causas taxativamente señaladas en la Ley, lo que conduce a la limitación de las facultades del Tribunal juzgador en orden al conocimiento mismo del recurso, los cuales se circunfieren a los motivos concretos que se corresponden con los previstos por la Ley.

La suplicación es un recurso extraordinario de naturaleza cuasi casacional que sólo puede interponerse si concurren determinados motivos (de hecho, no ha sido infrecuente aludir al mismo como "pequeña casación"). Se ha de interponer contra el fallo y no contra los fundamentos de derecho. Tampoco admite la alegación de cuestiones nuevas no planteadas en la instancia, por su carácter revisor.

Los motivos que pueden fundamentar el recurso de suplicación, además, están limitados por la Ley y son tres : reposición de autos al estado anterior a una infracción de normas o garantías de procedimiento que produzca indefensión, revisión de hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales o periciales practicadas, y examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia (art.193 LJS).

La regulación de estos motivos revela igualmente su objeto limitado, que es el siguiente:

A) Reposición de 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.

B) Revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, con un rigurosos régimen que exige la solicitud de parte para dicha alteración en términos muy estrictos.

C) Examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

De no haberse acordado la inadmisión del recurso, previo señalamiento para deliberación, votación y fallo , la Sala dictará sentencia dentro del plazo de diez días, que se notificará a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, resolviendo sobre la estimación o desestimación del recurso, así como, en su caso, sobre las cuestiones oportunamente suscitadas en impugnación, o apreciando su inadmisibilidad y desestimándolo en consecuencia (art.201.1 LJS).

La estimación del recurso dará lugar a la anulación o revocación de la sentencia recurrida en los términos establecidos en el artículo siguiente y la desestimación del mismo determinará la confirmación de la resolución recurrida (art.201.1 LJS).

Cuando la revocación de la resolución de instancia se funde en la infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, la Sala mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento, sin entrar en el fondo de la cuestión (art.202.1 LJS). Si la estimación fuera debida a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, la Sala deberá resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate; si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal (art.202.2 LJS).

De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el art.193 LJS (revisión de hechos probados o infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia), la Sala resolverá lo que corresponda, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los

www.mirajerez.com

escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes (art.202.3 LJS).

Como declara el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 18-10-1993 (recurso núm. 294/1993), es constante la jurisprudencia de este Tribunal que establece que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE , incluye el derecho a los recursos establecidos en la ley, pero que el derecho a la doble instancia y al recurso, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente, del contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador es libre, a la hora de establecer y configurar los sistemas de recursos que estime oportunos y determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización. Si bien los tribunales deben evitar que cualquier exceso formalista enerve la finalidad del proceso, convirtiendo el proceso en obstáculos que impidan prestar la tutela judicial efectiva, debe también evitarse que se prescinda de los requisitos procesalmente establecidos por las leyes para ordenar el proceso en garantía de los derechos de la parte recurrente y recurrida.

El TC, al enjuiciar el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso de suplicación, declara que «debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Tribunal "ad quem", no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada, ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial, la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia».

En Sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla, de veintiocho de junio de dos mil doce. Recurso de Suplicación núm. 2824/2011 señala que

> *el T.Co., en sentencia 218/2006 , ha declarado que "Más concretamente, con relación al recurso de suplicación hemos dicho en la STC 294/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 294) , FJ 3, que no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe*

respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia.

Por todo ello, entendemos que, salvo que se trate de cuestiones de orden público procesal, como la jurisdicción o la competencia, en que la Sala no se encuentra limitada por los motivos del recuso, el recurso de una parte no puede, por sí solo, determinar el empeoramiento de la condena.

En particular, la calificación del despido es materia en que la Sentencia de la Sala ha de resolver en congruencia con el debate entre las partes, sin que la pretensión de declaración de procedencia de un empleador, frente a sentencia que declaró el despido improcedente, pueda concluir con la condena por nulidad de tal despido.

Es cierto que en la STS de 15 de abril de 2002 leemos que

> *El hecho de que el órgano jurisdiccional de suplicación, partiendo de los hechos probados de la sentencia de instancia, dicte su resolución calificando, con apoyo en los mismos, el despido (procedente, improcedente o nulo), no puede entenderse, por las consideraciones expuestas, vulnere el derecho de defensa de las partes, dado que, por un lado, éstas han tenido la posibilidad de alegar o manifestar, en vía de suplicación, lo que a su derecho interesaba (y así ha sucedido en los supuestos de las sentencias impugnada y de contraste); y, de otra, el órgano jurisdiccional de suplicación si bien se encuentra vinculado, en su decisión, a los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, no lo está, según ya se ha significado anteriormente, a la calificación de las faltas y, posteriormente, del despido efectuada por el Juzgador de instancia, aun teniendo en cuenta la inmediación que caracteriza su actuación.*

Sin embargo, el TS se refiere, en concreto, al supuesto de si, estimada la demanda sobre despido, declarando, la sentencia de instancia, la improcedencia del mismo, por estimar que las faltas imputadas al trabajador por la empresa han prescrito, acogiendo, con ello, una de las alegaciones que sirven de fundamento a la pretensión deducida, puede o no el órgano jurisdiccional de suplicación, una vez declarada la inexistencia de la prescripción, entrar a decidir, tras el examen de los hechos imputados, sobre la calificación de los mismos en orden a la sanción impuesta, extremo sobre el que la sentencia de instancia no se ha pronunciado, al menos de forma expresa, y al que se extiende la impugnación en vía de suplicación.

www.miraljerez.com

Por tanto, no cabe extender dicha doctrina al caso en que declarada la improcedencia, el trabajador se aquieta a la misma y únicamente recurre la empresa instando la procedencia.

Igualmente tenemos que advertir que algún Tribunal Superior, como la Sala de Castilla La Mancha tiene declarado que

> *..esta Sala ha sostenido (así en su sentencia de 7 de mayo de 1998 [AS 1998, 2674] , y en análogo sentido STSJ Cataluña de 5 de febrero de 1993 [AS 1993, 791]) que la calificación del despido es función judicial, y el Juez no queda vinculado en esa actividad por la petición de la parte, sin incurrir por ello en incongruencia ni infracción procesal alguna, estando además obligado, si se evidencia infracción de derechos fundamentales en la actuación extintiva del empleador, a emitir una calificación acorde con esa violación, que no es otra que la de nulidad del despido , conforme al artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.*
>
> *De acuerdo con este criterio la Sala puede, a fin de cerrar el debate sobre la calificación jurídica de aquella extinción en los términos del art. 108 de la LPL («En el fallo de la sentencia , el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo»), dar respuesta, en toda la extensión, a la calificación del despido , porque lo controvertido es precisamente la calificación jurídica. En el presente supuesto, pese a que ni en instancia ni ahora en el recurso se pide expresamente la improcedencia del despido , la viabilidad de este examen vendría reforzada, además por la razón expuesta (la calificación del despido es función judicial), por una triple circunstancia: a) en instancia el Magistrado, después de descartar el carácter discriminatorio del despido , analizó la procedencia o improcedencia de aquel, inclinándose por la validez de la extinción; b) la alegación de infracción del art. 52. a) del ET en el primer motivo del recurso cuestionando que la causa invocada encaje en el supuesto legal, pese a que luego viene involucrado con alegatos relativos al móvil discriminatorio del despido , denota un reproche de estricta legalidad ordinaria o, en definitiva, de ilicitud de la extinción; c) porque en el escrito de impugnación del recurso se*

www.mirajerez.com

defiende la licitud, en términos de procedencia, de la extinción, lo que desterraría la indefensión.

Tal doctrina se acomodaría a la de la STS de 23 de marzo de 2005 que señala que

En relación con esta cuestión esta Sala del Tribunal Supremo tiene dicho desde antiguo, así en STS de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9254) que «por despido se entiende la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario» y que la «posible diversidad de efectos o resultados no tiene otra causa o razón que la distinta calificación jurídica que corresponde aplicar a esa única extinción contractual, calificación que ha de efectuarse necesariamente en la sentencia que recaiga en ese proceso después del examen, valoración y enjuiciamiento de todas las alegaciones, pruebas y datos que obren en autos». En este mismo sentido la STS de 28 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7217) ya había dicho que «la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del Magistrado de Trabajo quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio procederá a calificarlo en Derecho, sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto»; y, en definitiva, la sentencia citada como contradictoria –la ya citada STS de 19 de junio de 1990 (RJ 1990, 5485) –, apoyándose y ratificando tales argumentos declaró de forma paladina que «habiéndose pedido en el suplico de la demanda que el despido se declarase radicalmente nulo, no resulta incongruente con esta pretensión la sentencia que declara el despido improcedente o simplemente nulo».

Esta doctrina merece la pena recordarla porque es igualmente aplicable en la actualidad a pesar de las diversas modificaciones que ha sufrido el art. 55 ET y de que aquellas sentencias no se dictaron en unificación de doctrina sino resolviendo recursos de casación tradicionales en razón de sus fechas, pero es la doctrina acomodada a derecho como lo acredita el hecho de que esta Sala, ya en unificación de doctrina, y aun no planteándose de manera frontal esta misma cuestión se haya pronunciado en multitud de ocasiones declarando la

www.mirajerez.com

improcedencia de despidos que en la demanda habían sido calificados de nulos o de radicalmente nulos cuando ha estimado que no podía ser apreciada la causa de nulidad alegada –por todas STS 29-1-2001 (RJ 2001, 2069) (Rec. 1566/00)–.

Sin embargo, dicho supuesto se refiere al caso de despido disciplinario en que en el recurso del trabajador solo se debate si existe nulidad del despido por discriminación, entendiendo la Sala que ello permite analizar la posible improcedencia. No es el caso examinado, reiteramos, en que el Juzgador de instancia califica el despido por causas objetivas como improcedente, aquietándose el trabajador y recurriendo únicamente la empresa.

La Sala de Sevilla, por el contrario, tiene reiterado que el aquietamiento del trabajador con la improcedencia del despido no permite declarar su nulidad y así en sentencia de 1 de febrero de 2012 (Recurso nº 1174/11, Sentencia nº 328/2012) declara que

el escrito que motivó el despido disciplinario de las actoras, sea calificado como un documento o como un "borrador", contiene peticiones relativas a su relación laboral y condiciones de trabajo, sin que contenga expresiones insultantes, ni amenazantes, como se insinúa en el recurso, ya que la posibilidad de ejercer el derecho de huelga, es decir, el de no trabajar en defensa de sus derechos es una facultad que no sólo reconoce el Estatuto de los Trabajadores, sino que está prevista en el artículo 28.2 de la Constitución como un derecho fundamental, por lo que su mención no puede calificarse como un acto de indisciplina, una amenaza, o una transgresión de la buena fe contractual, obligación que no puede considerarse en modo alguno equivalente una sumisión sin condiciones del trabajador al poder empresarial, por lo tanto la decisión extintiva empresarial debería haber sido declarada como nula, no obstante lo cual se mantiene la calificación de improcedencia al no haber sido impugnado este pronunciamiento por las trabajadoras, en atención al carácter extraordinario del recurso de suplicación y al principio de congruencia del recurso, por lo que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la sentencia de instancia.

En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla núm. 272/2010 de 27 de enero, que impide alterar la calificación de improcedente a nulo por existir únicamente recurso de la parte empleadora, declarando que

> *La parte recurrente denuncia, como último motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 6.4 del Código Civil , de los artículos 15 y 49 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que reseña. El actor suscribió un contrato para obra o servicio determinado. La terminación del contrato se produce por la finalización del servicio de la demandada en Sevilla y, no por haber concluido el servicio para el que fue contratada la parte demandante. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que lo que se ha producido es el cierre de la plataforma de Sevilla de la entidad demandada, lo que origina la necesidad de amortizar los puestos de trabajo, por causas organizativas o de producción. En estos supuestos, de alcanzarse los límites numéricos de afectación de trabajadores previstos en el artículo 51.1.1°y 3°del Estatuto de los Trabajadores , debió la empresa acudir para la extinción de los contratos al procedimiento establecido para el despido colectivo, es decir, el expediente de regulación de empleo y, de no superar estos límites legales, la medida, el cauce adecuado, hubiese sido el del despido objetivo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores . Al no haberse utilizado el procedimiento adecuado, de conformidad con el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores la decisión extintiva empresarial debe ser calificada de despido nulo, con las consecuencias legales, a saber, la condena a la empresa a la inmediata readmisión de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir. Sin embargo, la sentencia recurrida califica el despido como improcedente y, recurre en suplicación la empresa, por lo que al estar proscrita la reformatio in peius , no puede declarase el despido nulo. Por esta razón, se desestima el recurso y se confirma la sentencia recurrida, ya que no ha concurrido, como propugna la parte recurrente, causa legal de finalización del contrato temporal.*

Con igual criterio se razona en la Sentencia de la misma Sala núm. 2482/2014, de 1 de octubre, que

Por lo tanto, según lo expuesto, en un principio, el despido de la actora merecería la calificación de nulo, por haberse utilizado fraudulentamente el cauce del despido objetivo para eludir la aplicación de la normativa que imponía al Servicio Andaluz de Empleo la subrogación en el personal del Consorcio, ante su disolución. Sin embargo, consta en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recurrida que la actora se desistió de la petición de nulidad de la decisión extintiva, por lo que sólo resta declarar el despido improcedente. A mayor abundamiento, recurre el Consorcio, por lo que debe aplicarse la prohibición de la reformatio in peius en el trámite de suplicación

Consecuencia de lo expuesto es la inexistencia de riesgo de agravación para una parte de su situación procesal en caso de recurso exclusivo de la misma.

La doctrina tiene declarado que no cabe en la sentencia de suplicación la « reformatio in peius » que vulneraría la prohibición de indefensión constitucionalmente reconocida, y que puede producirse cuando se modifica el fallo de la sentencia de instancia en un aspecto no atacado por los recurrentes y aceptado por la parte recurrida, suponiendo dicha « reformatio in peius » una forma más de incongruencia, y en este sentido la STC 253/2000, de 31 de octubre (RTC 2000, 253) recuerda que aunque «l a interdicción de la « reformatio in peius » no está expresamente enunciada en el art. 24.1 de la Constitución, constituye, según la doctrina constante de este Tribunal, un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión...» y añade que «en el ámbito del proceso laboral no hay ninguna regla que prohíba de forma expresa la « reformatio in peius », si bien en el proceso civil, en cuyas reglas tampoco está prevista de forma expresa, actúa como un principio general derivado del brocardo «tantum devolutum quantum apellatum», proyección a su vez del principio dispositivo que inspira toda la organización de ese proceso. Estas observaciones podrían ser trasladadas, en principio, al proceso laboral, que no deja de ser una especialidad del proceso civil, como se deduce, entre otros factores, de la aplicación subsidiaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil... En todo

caso habrá que tener en cuenta también que una de las características del proceso laboral frente al civil es, precisamente, el mayor margen de actuación del Juez, lo cual puede presentar, a la postre, una debilitación del principio dispositivo» (F. 2).

En definitiva, admitir la tesis contraria de que el Tribunal «ad quem» tiene facultad para modificar de oficio, en perjuicio y sin audiencia del recurrente, la Sentencia íntegramente aceptada por la parte recurrida sería tanto como autorizar que el recurrente pudiera ser penalizado por el hecho mismo de interponer su recurso, lo que supondría introducir un elemento disuasorio del ejercicio del derecho constitucional a los recursos establecidos en la ley, que sería incompatible con la tutela judicial efectiva sin resultado de indefensión que vienen obligados a prestar los órganos judiciales en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución.

La « reformatio in peius » constituye pues una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia cuya prohibición se inserta en el derecho fundamental a la tutela judicial, al igual que ocurre con toda manifestación de ese vicio procesal, a través de la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 de la Constitución. En este sentido la proscripción de la « reformatio in peius » resulta constitucionalmente exigible en la medida que su desconocimiento comportaría indefensión y podría contravenir la necesaria congruencia que en el recurso ha de existir entre la pretensión impugnatoria y el correspondiente fallo de la Sentencia (STC 8/1999)», doctrina ésta plenamente vigente en la actualidad

Y este límite opera con especial intensidad por su relevancia constitucional.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2000, número 17/2000, se pronuncia sobre la existencia de una incongruencia de la sentencia dictada en suplicación, estimando el recurso de amparo interpuesto, anulando la sentencia dictada y recurrida en amparo, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse la sentencia, a fin de que se dicte una nueva resolución que resuelva el recurso de suplicación sin vulneración de derechos fundamentales.

www.mirajerez.com

En este caso nos encontramos ante un recurrente en amparo, empresa, que impuso la sanción de suspensión de empleo y sueldo por quince días, por falta muy grave a uno de sus trabajadores. Impugnada la sanción ante el Juzgado de lo Social por parte del trabajador, la sentencia confirmó la calificación de la falta rebajando la sanción a ocho días de suspensión de empleo y sueldo. Recurrida la sentencia por la empresa en suplicación, resuelve el Tribunal Superior de Justicia en el sentido de calificar la falta como grave, rebajando la sanción de quince a siete días, sentencia de suplicación recurrida en amparo por la empresa.

La resolución del Tribunal Constitucional, recoge la doctrina elaborada sobre la incongruencia y su relevancia constitucional. Así, define como el desajuste entre el fallo judicial, y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, vulnerando el principio general de contradicción, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal. La relevancia constitucional de la incongruencia viene dada por la situación de indefensión generada por la alteración de los términos del debate.

La reforma peyorativa expresa una situación de indefensión de la parte recurrente en cuanto el pronunciamiento judicial que produce un empeoramiento de la situación jurídica, como consecuencia del propio recurso interpuesto sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte, y a salvo de que el daño resulte como consecuencia de la aplicación de las normas de orden público cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes. La prohibición de la « reformatio in peius » es una manifestación de la indefensión que establece el artículo 24 de la Constitución , incluyendo la prohibición de que el órgano «ad quem» exceda los límites en que está formulado el recurso de suplicación con agravación de la sentencia impugnada, que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste. Señala el Tribunal expresamente la vigencia de la « reformatio in peius » en el procedimiento laboral.

La STC 88/2008, de 21 de julio aplica la prohibición de reformatio in peius en caso de proceso por despido, donde el tribunal ad quem añade una condena dineraria al pago de salarios de tramitación a la condena indemnizatoria, declarando que

> *Este Tribunal ha reiterado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, ya que, por un lado, representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y, por otro, es una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la Ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales. A este respecto, se ha destacado que la reforma peyorativa sólo adquiere relevancia constitucional en tanto que se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión (por todas, STC 87/2006, de 27 de marzo [RTC 2006, 87], F. 4).*
>
> *En el presente caso, como queda acreditado en las actuaciones y ha sido expuesto más ampliamente en los antecedente, el recurrente fue condenado por el Juzgado de lo Social a readmitir al trabajador con abono de salarios de tramitación, o, a su elección, al abono de una indemnización por despido improcedente a razón de cuarenta y cinco días por año de servicio, lo que suponía un montante total de 5.637,13 euros, teniendo en cuenta que el salario diario percibido por el trabajador era de 31,85 euros. Igualmente, queda acreditado que, habiéndose aquietado el trabajador con dicho pronunciamiento, el recurrente optó por el pago de la indemnización, interponiendo recurso de suplicación en pretensión, entre otros extremos, de que se redujera la*

www.mirajerez.com

indemnización de los cuarenta y cinco días por año trabajado a la cantidad total de 2.634,68 euros, habida cuenta de que el salario diario percibido era realmente de 14,86 euros. Finalmente, también se pone de manifiesto en las actuaciones que la Sentencia de suplicación, tras admitir que el salario diario del trabajador era de 14,86 euros, lo que implicaba una indemnización de 2.634.68 euros por los cuarenta y cinco días por año trabajado, sin embargo, sin mayor motivación ni justificación, condenaba en el fallo al pago de dicha cantidad y al abono de salarios de tramitación.

La STC 87/2006, de 27 dr marzo, citada en la anterior, por su parte, indica que la citada prohibición se aplica en el proceso laboral, razonando que

Como recordábamos una vez más, recientemente, en la STC 310/2005, de 12 de diciembre (RTC 2005, 310) , F. 2, la denominada reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación (SSTC 9/1998, de 13 de enero [RTC 1998, 9] , F. 2; 232/2001, de 10 de diciembre [RTC 2001, 232] , F. 5).

La prohibición de reformatio in peius también debe considerarse una exigencia en el proceso laboral (SSTC 91/1988, de 20 de mayo [RTC 1988, 91] , F. 2; y 45/1993, de 8 de febrero [RTC 1993, 45] , F. 2). Como indicara la primera de las Sentencias citadas «en el ámbito del proceso laboral no hay ninguna regla que prohiba de forma expresa la reformatio in peius , si bien en el proceso civil, en cuyas reglas tampoco está prevista de forma expresa, actúa como un principio general derivado del brocardo tantum devolutum quantum apellatum , proyección a su vez del principio dispositivo que inspira toda la organización de ese proceso.

www.mirajerez.com

Estas observaciones podrían ser trasladas, en principio, al proceso laboral, que no deja de ser una especialidad del proceso civil, como se deduce, entre otros factores, de la aplicación subsidiaria de la Ley de enjuiciamiento civil... En todo caso habrá de tener en cuenta también que una de las características del proceso laboral frente al civil es, precisamente, el mayor margen de actuación del Juez, lo cual puede presentar, a la postre, una debilitación del principio dispositivo» (STC 91/1988, de 20 de mayo [RTC 1988, 91] , F. 2).

Desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril [RTC 1985, 54] , F. 7; ó 28/2003, de 10 de febrero [RTC 2003, 28] , F. 3). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 17] , F. 4) pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la Ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo [RTC 2001, 114] , F. 4; 28/2003, de 10 de febrero [RTC 2003, 28] , F. 3).

Así pues, la reforma peyorativa sólo adquiere relevancia constitucional en tanto se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión (entre otras, SSTC 15/1987, de 11 de febrero [RTC 1987, 15] , F. 3; ó 241/2000, de 16 de octubre [RTC 2000, 241] , F. 3). En tal sentido, hemos advertido, no obstante, que no cualquier empeoramiento de la situación inicial del recurrente es contrario al

www.mirajerez.com

derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, sino sólo aquél que resulte del propio recurso del recurrente, sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte, y con excepción del daño que derive «de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes» (SSTC 15/1987, de 11 de febrero [RTC 1987, 15] , F. 3; 40/1990, de 12 de marzo [RTC 1990, 40] , F. 1; 153/1990, de 15 de octubre [RTC 1990, 153] , F. 4; y 241/2000, de 16 de octubre [RTC 2000, 241] , F. 2).

6. EXAMEN GENERAL DE LAS EXIGENCIAS PARA PROCEDER A LOS ACUERDOS TRANSACCIONALES EN LOS PROCESOS INDIVIDUALES ANALIZADOS.

Como conclusión de este análisis general y de acuerdo con los criterios expuestos en el mismo, el informe de la Dirección General de la Función Pública hacía una referencia precisa a las exigencias para proceder a los acuerdos transaccionales, objeto de valoración en informe general del Gabinete Jurídico del Ayuntamiento, informe que estimamos plenamente acertado, así como los anteriores a que se remite, si bien entendemos que son necesarias algunas consideraciones adicionales y que la respuesta debe ser distinta en ciertos casos individualizados, al no constar los antecedentes documentales que puedan justificar la transacción o, en algún grupo de casos, donde se reconoció la improcedencia por el Juzgado y los empleados no han recurrido, al no concurrir las causas que hacen razonable una transacción posterior y apreciarse riesgo de lesión del interés público

Es exigencia ineludible, en todos los casos, que los procesos se hallen en fase de recurso de suplicación, sin que baste que lo estén unos o la mayor parte, dada la desigualdad procesal radica en caso de que exista firmeza de la sentencia de instancia frente a los casos en que tal firmeza no se ha alcanzado. Pero, debemos reiterar que la regla del art. 235.4 LRJS permite la transacción también en fase de recurso de casación, aunque la posición de las partes puede variar una vez que se conozca el criterio de la Sala, dado que éste, por lo general, solo puede verse alterado en casación

www.mirajerez.com

unificadora de forma excepcional y, por tanto, la parte beneficiada por el fallo de la Sala de lo Social del TSJA tendrá menor disposición o interés en transigir.

En esta misma línea argumental, hemos de indicar que es esencial a la transacción que las partes pretendan sustituir la incertidumbre del proceso pendiente o por venir por una solución voluntariamente aceptada que, como todo contrato, contenga recíprocas prestaciones o concesiones y no sea contraria al ordenamiento jurídico, lesiva gravemente para las partes, fraudulenta ni abusiva.

El primer requisito de la incertidumbre tiene un componente necesario, que es la pendencia del proceso, ya comentada, pero también un factor desencadenante o acelerador, cual es el riesgo o éxito previsible en dicho proceso, atendiendo al marco normativo general, a los precedentes judiciales generales y, en especial, a la solución dada por el Tribunal que ha de resolver a otros casos sustancialmente iguales. Este factor desencadenante permite prever el resultado hablando de riesgo o éxito mínimo, probable o elevado (remoto, posible o probable, en terminología de auditoría) y, en concreto, se puede ponderar respecto al sentido y alcance de la sentencia de instancia, esto es, teniendo en cuenta el riesgo de agravación de la condena eventualmente impuesta por dicha sentencia de instancia. Los casos de riesgo remoto no justifican, por lo general, soluciones transaccionales y en ese sentido, aconsejamos que se revisen las valoraciones que se hayan podido realizar en momentos y años anteriores para valorar las contingencias económicas de cada ejercicio.

Por otro lado, los casos examinados han incluido un grupo adicional de empleados a que se afectó al ERE por ser mayores de 59 años de edad, supuesto en que la Sala de lo Social ya ha dictado sentencias declarando o ratificando la declaración de procedencia de los despidos. A ello se une que, en un mero análisis preliminar, en los presentes casos debe tener en cuenta – y así lo advertimos - que (i) todos los despidos individuales enjuiciados son consecuencia de un despido colectivo que el Tribunal Supremo ya declaró en Sentencia de 23 de junio de 2014 ajustado a Derecho, esto es, basado en causas probadas y legales; (ii) los despidos citados en los procesos singulares posteriores han tenido una solución diversa, habiéndose declarado procedentes por los Juzgados de lo Social un importante número de los mismos; (iii) en los casos en que dichos despidos se han declarado improcedentes, su fundamento es una incorrecta aplicación de los criterios de selección de los trabajadores afectados,

extremo en que la doctrina jurisprudencial ha atenuado la relevancia de los mismos en la calificación de los despidos especialmente a partir de la S.T.S. de Pleno de 24 de febrero de 2016 (R. 2507/2014) y (iv) en el caso, la precedente STS de 23 de junio de 2014 ya declaró que "la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas (y no es el caso: lo descarta con contundencia la propia sentencia impugnada) pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (tampoco es el caso). Este pronunciamiento obiter dicta del Tribunal Supremo apoyaría la inexistencia de causa de nulidad en la aplicación de los criterios de selección de trabajadores afectados.

Por todo ello, en los casos en que exista recurso de un empleado que inste en el recurso la nulidad del despido, el riesgo puede considerarse – en una visión general - posible, pero no probable y, por ello, pudiera suceder que la Sala considerara que el acuerdo transaccional supone una solución más gravosa que la resolución por sentencia en la que pudiera rectificar los criterios del Juzgado. No puede excluirse la posibilidad de que la Sala pudiera considerar que no procede la homologación por entender que el acuerdo perjudica gravemente los intereses de una de las partes que, con una sentencia sobre el fondo, obtendría un resultado mucho más favorable porque ya tuviere formado criterio, expuesto o no en otra sentencia sobre el fondo.

Sin embargo, en los casos en que la improcedencia o la nulidad declarada por el Juzgado solo se combata por el Ayuntamiento, instando la procedencia del despido, el riesgo es, con toda seguridad, remoto y no cabe establecer un acuerdo transaccional que agrave las obligaciones de las partes más de lo que la sentencia de instancia implica pues su situación solo puede mejorar, pero no empeorar, con la sentencia que resuelva el recurso.

La incertidumbre disminuirá aún más, tras el primer pronunciamiento de la Sala de lo Social del TSJA, cuya deliberación se dice prevista para el 14 de septiembre, pero

hemos indicado antes que también cabe transigir tras dicha sentencia de suplicación si se prepara recurso de casación para unificación de doctrina y la misma tampoco adquiere firmeza, por tanto.

Sobre el segundo elemento, si existen recíprocas concesiones, el apartado IV de la Memoria del expediente analizado expresa lo siguiente:

"Los acuerdos contendrán las siguientes concesiones recíprocas de las partes :

1) Concesiones a asumir por el Ayuntamiento:

- *Los trabajadores no devuelven la indemnización cobrada.*
- *El Ayuntamiento asume el abono devolución paro SEPE.*
- *El Ayuntamiento asume el abono de los costes de cotización SS.*
- *Estos gastos los asume el Ayto. con cargo a los teóricos salarios de tramitación.*
- *El Ayuntamiento retira los recursos de suplicación planteados y se da por satisfecho con las condiciones del Acuerdo Transaccional.*

2} Concesiones a asumir por cada trabajador afectado:

- *Los trabajadores entran en puestos bases de su Grupo Profesional y en el Area o servicio que se derive de las necesidades organizativas que tiene el Ayuntamiento. Todo ello independientemente al puesto que tuvieran en el momento del despido.*
- *Los trabajadores no cobrarán ninguna cuantía, por ningún concepto, salvo los pagos por cuenta de ellos relativos a la devolución paro SEPE y las cotizaciones de la SS antes citadas.*
- *Los trabajadores retiran (sic) los recursos de suplicación que tengan planteados y se dan por satisfechos con las condiciones del Acuerdo Transaccional. "*

Estas posiciones o prestaciones no son las que las partes tiene derecho según la sentencia ni las que alcanzarían en una sentencia de suplicación, de forma que en general se cumple la exigencia de recíprocas concesiones, pero su valoración precisa depende según los casos y es por ello, por lo que se debe hacer un examen

individualizado posteriormente según el anexo que se adjunta y contiene un análisis individualizado para los casos singulares. Nos limitamos ahora a indicar que las posiciones indicadas suponen, para cada parte, renuncia a los derechos o facultades que tendrían en casos de procedencia, improcedencia o nulidad del despido, bastando con compararlas con las consecuencias o efectos típicos de cada calificación del despido según el art. 56 ET. Luego nos referiremos a los aspectos formales o técnicos sobre los términos más apropiados para los acuerdos transaccionales.

Igualmente constatamos que no se prevé la conversión en fijo de quien no tuviera antes esa consideración, ni cambios de categoría o condiciones de trabajo que impliquen mejora unilateral sin cobertura legal.

Los límites antes expuestos de conformidad con el ordenamiento, inexistencia de lesión al interés de las partes, fraude o abuso obligan, ahora, a referirnos a un aspecto clave y es si se acomoda al interés general la solución de acuerdos transaccionales en atención a los problemas financieros del Ayuntamiento, por lo que la medida prevista debe ser objeto de examen en el marco de la vigente legislación de suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria. Esta inexistencia de lesión para el interés público será ponderado por la Sala, conforme al art. 235.4 LRJS.

La homologación requiere que la Sala considere que no concurren lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho. El mero acuerdo de las partes o la existencia de informes favorables internos o de instancias externas como la Dirección General de Función Pública no vinculan a la Sala, especialmente en su valoración de tales límites de ilegalidad o lesividad, que son criterios a tener en cuenta en forma especialmente intensa en estos casos. Ello aconseja que los antecedentes de los citados acuerdo transaccionales expongan con suficiente detalle que las partes declaran y coinciden en que se respetan dichos límites en cada caso, pero dado el carácter público de la Entidad empleadora, hace necesario además que se motive de forma concreta cómo se respetan y hacen efectivos los intereses públicos en el caso con la solución transaccional, con mención concreta de las razones de la decisión, la justificación organizativa de la medida y que la misma es acorde con el marco normativo de estabilidad presupuestaria, con cita de

los distintos informes favorables de las distintas áreas municipales que se han emitido y constan en la memoria examinada.

En particular, para acreditar que no existe ese posible perjuicio para el Ayuntamiento, resulta de especial trascendencia el contenido del informe económico que a tal fin obra en el expediente, que deberá aportarse, y en sus conclusiones advierte que:

"En atención a lo expuesto, resulta relevante para la efectiva reincorporación de los trabajadores y trabajadores afectados por el despido colectivo, la organización, distribución y ejecución, por parte del Gobierno Municipal, de las medidas dispuestas en el Plan de Ajuste, incrementadas en los valores económicos derivados de dicha incorporación, con mecanismos de control articulados al objeto de detectar desviaciones y proceder a corregirlas de inmediato en aras de la consecución de los objetivos del Plan en el ejercicio2.017 y siguientes"

"En materia de suficiencia financiera, la reincorporación de los afectados no_ puede poner en riesgo, como mínimo, la estabilidad y sostenibilidad financiera del conjunto de una Hacienda Municipal ya de por sí en situación de elevada deuda y déficit excesivo, como es notorio y conocido y como puede extraerse de las notas de la Secretaria General para la Coordinación Autonómica y Local incluidos en el informe de la Dirección General de la Función Pública."

"A modo de epílogo sobre la suficiencia financiera, una vez más, la ejecución de las medidas del Plan por parte del Gobierno Municipal, constituye una vía necesaria para la reincorporación de los afectados..."

La anterior conclusión se corrobora si se recuerda que la propia Ley Orgánica 2/2012,de 27 de abril,de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera entiende como gestión gravemente dañosa para los intereses generales. Así si observamos lo dispuesto en el artículo 26,3 del referido cuerpo legal, por gestión gravemente dañosa hay que entender, *"la persistencia en el incumplimiento de*

alguna de las obligaciones a que se refiere el apartado anterior (no adopción del acuerdo de no disponibilidad de créditos o no constitución del depósito previsto en el artículo 25.1.b), o las medidas propuestas por la comisión de expertos prevista en el artículo 25.2), cuando suponga un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda o de la regla de gasto", pudiendo procederse a la disolución de los órganos de la Corporación Incumplidora.

La documentación elaborada de la que se ha dado traslado, entendemos que conforma el expediente al que se refería el informe de la Dirección General de la Función Pública; por ello, sería deseable que el mismo contuviera una propuesta concreta del acuerdo a adoptar, e igualmente, que los informes que se contienen en los distintos expedientes individuales aparecieran debidamente suscritos y firmados con carácter previo a la adopción del acuerdo por parte del correspondiente órgano, proporcionado, así, los elementos de juicio necesarios para la adecuada resolución del asunto, formándose así un expediente singular que aconsejamos aportar en cada caso con la propuesta de acuerdo transaccional o, al menos, mencionar en los antecedentes de este.

No obstante, el informe del Gabinete Jurídico destacaba, con carácter general, que la memoria del expediente justifica algunos extremos esenciales:

a) El Servicio de Recursos Humanos ha procedido al análisis y valoración de todas las necesidades de personal existentes actualmente en el Ayuntamiento de Jerez, en base a los informes de los responsables de los servicios municipale, de este modo, todos y cada uno de los trabajadores afectados por el ERE que se pretende su reincorporación, pasarían a ocupar un puesto necesario para un mejor y más eficaz funcionamiento de aquellos servicios municipales que así lo han manifestado."

b) El Jefe del Departamento de Nóminas ha emitido informe con estimación de los costes calculados a 31 de diciembre de 2016, con fecha de incorporación de 1 de octubre de 2016. A la vista de las anteriores estimaciones de costes, se acredita el beneficio económico resultante de los acuerdos transaccionales respecto del coste que supondría al Ayuntamiento que la resolución de los recursos de suplicación

fuera fallo de despidos nulos, ya que en su conjunto habría un ahorro de costes de más del 40%.

c) Finalmente en la Memoria quedan determinados los parámetros que han de conformar el contenido de los acuerdos transaccionales, estableciéndose claramente las concesiones a asumir por el Ayuntamiento, y las concesiones a asumir por cada trabajador.

De todo ello, solo lo relativo al ahorro de costes es el apartado que merece nuestro estudio más detallado en cada caso, pues si no hay tal ahorro, según las previsiones de resultado del recurso o recursos, el juicio sobre la propuesta de acuerdo debe variar o, a lo sumo, deberían variar los términos del acuerdo.

www.mirajerez.com

7. ANALISIS DE LA JUSTIFICACIÓN QUE EXISTA PARA LA TRANSACCIÓN EN LOS DISTINTOS CASOS SINGULARES EXAMINADOS

Como decimos, es necesario un examen individualizado en que, entre otros, apreciamos seis grandes grupos o tipos de casos según las fichas individuales que se adjuntan al presente informe.

Según la información facilitada por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, tras el despido colectivo operado, se ha procedido a la impugnación individual de las extinciones, distinguiéndose diversos tipos generales de supuestos entre los 116 casos objeto de análisis:

- Estimación de la demanda, declarando la improcedencia del despido, debiendo optar el Ayuntamiento por la readmisión o indemnización, dándose el supuesto último.

- Estimación de la demanda, declarando la improcedencia del despido y extinción de la relación laboral desde el 12 de septiembre de 2012, con condena exclusiva al pago de indemnización.

- Estimación de la demanda, declarando la improcedencia del despido y extinción de la relación laboral desde el dictado de la Sentencia, con condena exclusiva al pago de indemnización, al haber optado la Administración demandada en el acto de juicio por la indemnización.

Dados los pronunciamientos desfavorables para el Ayuntamiento, éste ha recurrido en suplicación, alegando en unos casos la nulidad por infracción de normas o garantías del procedimiento causantes de indefensión por denegación de la práctica de prueba, y en todos la revisión fáctica y la infracción de normas sustantivas tendentes a la declaración de procedencia de la decisión extintiva.

Junto con el recurso del Ayuntamiento, en otros casos ha existido recurso igualmente de la parte demandante, instando la nulidad del despido, con condena a la readmisión y pago de salarios de tramitación.

En otros casos, declarada la improcedencia, los actores han formulado únicamente el recurso de suplicación instando la nulidad del despido, con el alcance indicado.

Hemos tenido ocasión de examinar otros casos distintos a los 116 indicados donde los Juzgados o, incluso ya en algunos supuestos la Sala, ha mantenido la procedencia de los despidos.

Con todos los antecedentes y criterios expuestos, hemos analizados los 116 procesos individuales, cuyos datos singulares relevantes hacemos constar en un fichero Excel adjunto y fichas individuales para los casos singulares, en que hemos precisado los siguientes campos o datos:

A Juzgado

B Número de procedimiento

C Nombre y apellidos del empleado

D Coste de la Seguridad Social del periodo de tramitación

E Prestaciones por desempleo a devolver a SPEE

F Suma de D y E

G Coste de la transacción

H Salarios de tramitación

I Coste total de la nulidad

J Indemnización pendiente

K Indemnización pagada

L Indemnización total

M Conclusión

Los costes se calculan de acuerdo con los términos previstos para los acuerdos transaccionales según el informe del Gabinete Juridico de 28 de julio de 2016 que antes hemos recogido. La fuente informativa sobre los importes son los informes económicos individuales que antes hemos mencionado.

Con todo ello, advertimos que existen distintos casos o tipos de supuestos, que se podrían sintetizar en unos 6 grupos de casos, por sus similitudes, teniendo cada grupo una respuesta distinta a la hora de valorar si se cumplen las exigencias para llegar a un acuerdo transaccional.

Esa valoración se hace con los criterios que en el informe de Intervención municipal de pedían y que estimamos susceptibles de respuesta individual en este informe, incluyendo al final una respuesta general a otros criterios valorativos que el informe indicado expresaba.

Los tipos o grupos de casos que se aprecian son, en líneas generales, los siguientes, siendo las cifras indicadas un mero ejemplo, pero guardando siempre igual relación de mayor o menor importe en cada caso que se expresa.

www.mirajerez.com

1. Casos tipo 1

La Sentencia de Instancia declara el despido improcedente, siendo interpuesto Recurso de Suplicación por el actor en el que se solicita la nulidad por lo que existe riesgo de agravamiento de la situación para el Ayuntamiento suponiendo un posible coste de 148.374,81 € frente a un coste de 83.008,47 € que supondría la transacción.

La valoración que merecen estos casos es favorable a la transacción por concurrir los elementos siguientes:

- Si se dan todos los elementos necesarios para las transacciones individuales propuestas: SÍ
- Si existe en todos los casos una relación jurídica incierta por la existencia de recursos judiciales: SÍ
- Si en dichos casos existe incertidumbre sobre el resultado: SÍ
- Si en los mismos sería posible un agravamiento de la situación inicial para una y otra parte: SÓLO PARA AYUNTAMIENTO
- Si en los acuerdos propuestos individualmente existen concesiones recíprocas. SÍ
- Si se concluye una valoración favorable sobre la defensa de los intereses generales del ayuntamiento desde la perspectiva de las recíprocas contraprestaciones: SÍ
- Si se considera que en el expediente no se aprecia lesión grave para alguna de las partes, ni se observa fraude de ley ni abuso de derecho: SÍ

www.mirajerez.com

www.mirajerez.com

2. Casos tipo 2

La Sentencia de Instancia declara el despido improcedente, siendo interpuesto Recurso de Suplicación por el actor en el que se solicita la nulidad por lo que existe riesgo de agravamiento de la situación para el Ayuntamiento suponiendo un posible coste de 167.963,96 € frente a un coste de 100.876,68 € que supondría la transacción.Sin embargo, al haber recurrido el Ayuntamiento y haber solicitado que se decrete la caducidad de la acción de despido, en caso de prosperar ésta, el coste que supondría para el Ayuntamiento sería la indemnización ya pagada, 29.245,06.

La valoración que merecen estos casos es igualmente favorable a la transacción por concurrir los elementos anteriores, aunque sin duda la incertidumbre de resultado aumenta, por los argumentos cruzados de las partes, de acuerdo con los criterios siguientes:

- Si se dan todos los elementos necesarios para las transacciones individuales propuestas: SÍ
- Si existe en todos los casos una relación jurídica incierta por la existencia de recursos judiciales. SÍ
- Si en dichos casos existe incertidumbre sobre el resultado. SÍ

- Si en los mismos sería posible un agravamiento de la situación inicial para una y otra parte: SÍ
- Si en los acuerdos propuestos individualmente existen concesiones recíprocas. SÍ
- Si se concluye una valoración favorable sobre la defensa de los intereses generales del ayuntamiento desde la perspectiva de las recíprocas contraprestaciones. SÍ
- Si se considera que en el expediente no se aprecia lesión grave para alguna de las partes, ni se observa fraude de ley ni abuso de derecho. SÍ

www.mirajerez.com

3. Casos tipo 3

La Sentencia de Instancia declara la improcedencia, no consta que el actor haya interpuesto Recurso de Suplicación o no consta su contenido. Sin embargo, suponiendo que hubiera solicitado la nulidad, ello implicaría un posible riesgo de agravamiento de la situación para el Ayuntamiento que tendría que hacer frente a un coste de 123.277,19 € frente a un coste de 68.400,08 € que supondría la transacción.

La valoración que merecen estos casos no puede ser de momento favorable a la transacción por no contar con los elementos de juicio necesarios que nos permita afirmar que concurren los criterios que justifican tal transacción, ya que solo cabe decir lo siguiente:

- Si se dan todos los elementos necesarios para las transacciones individuales propuestas. NO CONSTA, SALVO HIPÓTESIS

- Si existe en todos los casos una relación jurídica incierta por la existencia de recursos judiciales. NO CONSTA

- Si en dichos casos existe incertidumbre sobre el resultado. NO CONSTA

- Si en los mismos sería posible un agravamiento de la situación inicial para una y otra parte. NO CONSTA

- Si en los acuerdos propuestos individualmente existen concesiones recíprocas: NO CONSTA, SALVO EN HIPÓTESIS

- Si se concluye una valoración favorable sobre la defensa de los intereses generales del ayuntamiento desde la perspectiva de las recíprocas contraprestaciones: NO CONSTA

- Si se considera que en el expediente no se aprecia lesión grave para alguna de las partes, ni se observa fraude de ley ni abuso de derecho: NO CONSTA

www.mirajerez.com

4. Casos tipo 4

La Sentencia de Instancia declara el despido improcedente, siendo interpuesto Recurso de Suplicación por el Ayuntamiento para que se declare la nulidad de actuaciones. No existe recurso de la parte actora. En el caso de

que se estimase el recurso y recayera nueva sentencia condenatoria en fecha actual, cabría la posibilidad de readmitir, siendo el coste de 149.220,81€, mientras que si opta por la readmisión a través del acuerdo de transacción, el coste sería de 95.584,51. No obstante, la Empresa también podría optar por la indemnización, siendo el coste 41.955,95. Entendemos pues, a falta de saber el pronunciamiento sobre el recurso de suplicación, que podría procederse al acuerdo transaccional.

La valoración que merecen estos casos es favorable a la transacción, pues solo recurre el Ayuntamiento pero su motivo de nulidad de actuaciones permite que el asunto pueda volver a ser resuelto con sentencia de fondo condenatoria, cuya fecha estimamos inmediata, a los meros efectos estimativos, pero con seguridad sufriría un retraso de varios meses, y todo ello por concurrir los elementos siguientes:

- Si se dan todos los elementos necesarios para las transacciones individuales propuestas, incluidos los casos en que los trabajadores afectados no han recurrido la decisión de improcedencia: SÍ
- Si existe en todos los casos una relación jurídica incierta por la existencia de recursos judiciales: SÍ
- Si en dichos casos existe incertidumbre sobre el resultado: SÍ
- Si en los mismos sería posible un agravamiento de la situación inicial para una y otra parte: SÍ
- Si en los acuerdos propuestos individualmente existen concesiones recíprocas: SÍ
- Si se concluye una valoración favorable sobre la defensa de los intereses generales del ayuntamiento desde la perspectiva de las recíprocas contraprestaciones. SÍ
- Si se considera que en el expediente no se aprecia lesión grave para alguna de las partes, ni se observa fraude de ley ni abuso de derecho: SÍ

www.mirajerez.com

5. Casos tipo 5

La Sentencia de Instancia declara el despido improcedente, siendo interpuesto Recurso de Suplicación por el ayuntamiento para que se declare la procedencia. Hay recurso de la parte actora, aunque no sabemos su contenido. Lo más probable es que se pida la nulidad. En ese caso, el ayuntamiento vería su situación agravada y podría optar por el acuerdo de transacción cuyo coste es de 94.411,48, siendo el coste de la nulidad de 144.813,82.

La valoración que merecen estos casos no puede ser de momento favorable a la transacción por no contar con los elementos de juicio necesarios que nos permita afirmar que concurren los criterios que justifican tal transacción, ya que solo cabe decir lo siguiente:

- Si se dan todos los elementos necesarios para las transacciones individuales propuestas, incluidos los casos en que los trabajadores afectados no han recurrido la decisión de improcedencia. NO CONSTA, salvo hipótesis
- Si existe en todos los casos una relación jurídica incierta por la existencia de recursos judiciales: SÍ
- Si en dichos casos existe incertidumbre sobre el resultado: SÍ
- Si en los mismos sería posible un agravamiento de la situación inicial para una y otra parte: NO CONSTA
- Si en los acuerdos propuestos individualmente existen concesiones recíprocas: NO CONSTA , SALVO HIPÓTESIS

www.miniarez.com

- Si se concluye una valoración favorable sobre la defensa de los intereses generales del ayuntamiento desde la perspectiva de las recíprocas contraprestaciones. NO CONSTA

- Si se considera que en el expediente no se aprecia lesión grave para alguna de las partes, ni se observa fraude de ley ni abuso de derecho: NO CONSTA

www.mirajerez.com

6. **Casos tipo 6**

La Sentencia de Instancia declara el despido improcedente, siendo interpuesto Recurso de Suplicación por el Ayuntamiento para que se declare la procedencia. No existe recurso de la parte actora. En este caso, no habría agravación para el Ayuntamiento, siendo en todo caso el coste de la improcedencia en base a los datos del informe económico de 20.247,44€. Por consiguiente, entendemos que no procedería acuerdo de transacción alguno.

En este grupo de casos, no se aprecia que el acuerdo transaccional preserve los intereses del Ayuntamiento, ni suponga renuncia recíproca, sino solo en favor del empleado, dado el remoto riesgo de nulidad y el mayor coste del acuerdo previsto respecto a las indemnizaciones por improcedencia.

- Si se dan todos los elementos necesarios para las transacciones individuales propuestas, incluidos los casos en que los trabajadores afectados no han recurrido la decisión de improcedencia: NO

- Si existe en todos los casos una relación jurídica incierta por la existencia de recursos judiciales: SÍ

- Si en dichos casos existe incertidumbre sobre el resultado: SÍ
- Si en los mismos sería posible un agravamiento de la situación inicial para una y otra parte: NO, SOLO PARA EMPLEADO
- Si en los acuerdos propuestos individualmente existen concesiones recíprocas. NO
- Si se concluye una valoración favorable sobre la defensa de los intereses generales del ayuntamiento desde la perspectiva de las recíprocas contraprestaciones: NO
- Si se considera que en el expediente no se aprecia lesión grave para alguna de las partes, ni se observa fraude de ley ni abuso de derecho; NO FRAUDE NI ABUSO, PERO SÍ LESIÓN PARA INTERESES PÚBLICOS.

www.mirajerez.com

8. Reformulación de los términos de los acuerdos transaccionales: texto y documentos a acompañar.

Como decíamos en apartados anteriores, se prevén como bases de los acuerdos transaccionales las siguientes:

"Los acuerdos contendrán las siguientes concesiones recíprocas de las partes :

1) Concesiones a asumir por el Ayuntamiento:

- *Los trabajadores no devuelven la indemnización cobrada.*
- *El Ayuntamiento asume el abono devolución paro SEPE.*
- *El Ayuntamiento asume el abono de los costes de cotización SS.*

- *Estos gastos los asume el Ayto. con cargo a los teóricos salarios de tramitación.*

- *El Ayuntamiento retira los recursos de suplicación planteados y se da por satisfecho con las condiciones del Acuerdo Transaccional.*

2) Concesiones a asumir por cada trabajador afectado:

- *Los trabajadores entran en puestos bases de su Grupo Profesional y en el Area o servicio que se derive de las necesidades organizativas que tiene el Ayuntamiento. Todo ello independientemente al puesto que tuvieran en el momento del despido.*

- *Los trabajadores no cobrarán ninguna cuantía, por ningún concepto, salvo los pagos por cuenta de ellos relativos a la devolución paro SEPE y las cotizaciones de la SS antes citadas.*

- *Los trabajadores retiran (sic) los recursos de suplicación que tengan planteados y se dan por satisfechos con las condiciones del Acuerdo Transaccional."*

Estos términos necesitan, sin embargo, de alguna matización, para ser precisos en cuanto a los actos o efectos jurídicos de las prestaciones pactadas. En ese sentido, a título ilustrativo, se dice que los "trabajadores no devuelven la indemnización", pero en realidad lo pactado es una readmisión, que no tiene derecho a indemnización alzada, sino a salarios dejados de percibir, cuyo importe y periodo se limitan, para ajustarlos al importe de la indemnización ya abonada. El impacto fiscal de una u otra medida deben ser tenidos en cuenta, pues las indemnizaciones en sentido propio se benefician de exención en IRPF, pero no así los salarios de tramitación o dejados de percibir.

Igualmente se habla de que las partes "retiran" los recursos, cuando la formulación legal es que el recurso terminará por Auto de homologación del acuerdo transaccional, sin que proceda tal "retirada". Cuestión distinta es que exista una forma práctica de materializar los efectos de un acuerdo, si su contenido coincide con la sentencia de instancia, pues bastaría con "desistir" del recurso para conseguir lo pretendido, pero no es ello lo que sucede en el caso.

Dicho ello, sugerimos que el acuerdo transaccional se complete con mención de los antecedentes, motivación y estipulaciones siguientes.

www.mirajerez.com

a) Antecedentes: aconsejamos mencionar datos de identidad de las partes en el proceso, si existían codemandados(en algún caso aparecen) desistir de ellos, datos del proceso, partes que han recurrido en suplicación y número del recurso de suplicación. Debe aludirse a los Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento y a las negociaciones con sindicatos y partes que han conducido a acuerdos transaccionales según las circunstancias individuales de cada caso. Igualmente han de citarse los informes de Recursos Humanos sobre necesidad de personal, informe de costes e informe económico financiero, así como a los de Gabinete Jurídico e Intervención y de la Dirección general de Función Pública. Para completar esta motivación expresa, deberá citarse el acuerdo municipal que apruebe cada acuerdo transaccional y sus términos, declarando dicho acto y la parte demandante que se suscribe voluntariamente, que no existe infracción del ordenamiento jurídico y, en especial, de la legislación d estabilidad presupuestaria, que el acuerdo es conforme al interés general y no lesiona los intereses de las partes, ni media fraude o abuso.

b) Como recíprocas concesiones, las partes acuerdan sustituir el contenido de la sentencia de instancia por las siguientes estipulaciones:

- *El Ayuntamiento readmite al empleado en puesto base de su Grupo Profesional y en el Area o servicio de xxx, de acuerdo con las necesidades organizativas que tiene el Ayuntamiento, con lo que el empleado muestra su conformidad. La readmisión tendrá efectos al quinto día contado desde la notificación a la parte actora del Auto de la Sala de lo Social que homologue el acuerdo y, si el mismo fuere anterior, desde el día 1 de octubre de 2016, a cuyos efectos el empleado deberá incorporarse al comienzo de la jornada ordinaria sin necesidad de nueva comunicación ni requerimiento.*

- *Las partes fijan como importe de salarios dejados de percibir que el empleado percibirá la de la indemnización en su día abonada de xxx euros, con la que se compensan y dan por pagados.*

- *El Ayuntamiento abonará por cuenta del empleado y en su beneficio las prestaciones por desempleo percibidas del SEPE y las cotizaciones de Seguridad Social que legalmente correspondan en virtud de la readmisión pactada.*

www.mirajerez.com

- *Las partes no tendrán nada más que reclamarse ni exigirse, dándose por plenamente satisfechos y considerando que el acuerdo es conforme con sus intereses, sin mediar fraude ni abuso alguno.*

- *Las partes someterán este acuerdo a homologación por la Sala de lo Social del TSJA con sede en Sevilla, comprometiéndose a solicitarla con aportación de cuantos informes y documentos sean convenientes y necesarios a los fines de su justificación.*

- *El citado Auto de homologación pondrá término a los recursos de suplicación formulados.*

www.mirajerez.com

9. Criterios valorativos solicitados en informe de Intervención y que pueden tener respuesta general

Hay tres preguntas o cuestiones que se nos pide en el informe de Intervención que aclaremos y son de carácter general:

- Si con la voluntad de las partes se alcanzaría la conformidad de los recurrentes con cada transacción: no constan ni se nos ha facilitado dato alguno sobre las negociaciones habidas entre las partes, si los empleados y sus Letrados están conformes, etc, pero sin duda será necesario plasmar cada acuerdo individual en documento que cada interesado y la Autoridad Local competente deberán firmar y ratificar ante la Secretaría de la Sala o aportando poder especial. En el caso del Ayuntamiento, reiteramos lo indicado sobre órgano competente para la aprobación y ejecución de las decisiones.

- Si los acuerdos son adecuados a una decisión de establecer para el futuro, una relación jurídica no incierta que elimine la incertidumbre con nacimiento de nuevos vínculos y obligaciones: esta es una posibilidad del contenido de todo acuerdo transaccional, pero debemos retener que con la reincorporación se restablece la misma relación laboral antes existente, sin nacimiento de

ningún nuevo vínculo, aunque las partes admiten modificaciones sustanciales de las condiciones laborales.

- Si se concluye una correcta aplicación del ordenamiento jurídico en el expediente: la referencia general exige una estudio de cada apartado de nuestro informe, sin que podamos hacer una evaluación general; formulamos, además, expresa limitación a alcance de nuestra opinión de acuerdo con la documentación que se nos ha facilitado, que no es toda la de los procesos en cuestión, impidiendo así valorar el posible éxito del contenido de los recursos formulados sin conocer las actuaciones íntegras de cada caso.

Sevilla, 31 de agosto de 2016.

MAIO Martínez Escribano
MartinezEscribano
Abogados y Economistas, S.L.P.
C.I.F.: B-90013178
Avda. Diego Martínez Barrio 4, Edificio Niagara Center, Planta 2ª modulo 2
41013 Sevilla / T: 954 987 914 / F: 954 422 563
Alfonso Martínez Escribano
Marta Cámara López

www.mirajerez.com