



Roj: **STS 5324/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5324**

Id Cendoj: **28079140012009100619**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2009**

Nº de Recurso: **2341/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 3474/2008,**
STS 5324/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Mayo de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Germán contra sentencia de 27 de marzo de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Hornija 97, SL contra la sentencia de 4 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 27 en autos seguidos por D. Germán frente a Hornija 97, SL y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Samper Juan,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 2007 el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 27 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Germán contra Hornija 97, SL y -F.G.S.- Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro improcedente el despido de aquel, y debo condenar y condeno a la citada empresa demandada Hornija 97, SL a que, a su opción, readmita al actor en el mismo puesto y condiciones que venía estando o a que le abone una indemnización cifrada en: 27.715'91 euros, así como a los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido, 16-3-07 hasta que se le notifique esta sentencia; derecho de opción que podrá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia, por comparecencia o por escrito, sin esperar a la firmeza de la misma y en el caso de que transcurriera dicho plazo sin haber ejercitado tal derecho se entenderá que opta por la readmisión. Se absuelve al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de las responsabilidades legales que puedan corresponderle"

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1. El actor Germán prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada Hornija 97, SL, en las circunstancias de antigüedad 24-4- 1992, categoría profesional cocinero y salario mensual bruto con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias de 1.238'70 euros. 2. Inició proceso de Incapacidad temporal derivada de enfermedad común en fecha 15-2-03, agotando el subsidio de incapacidad temporal el 14-8-2004. 3. Por Resolución del INSS. de 19-10-04 fue declarado en situación de Invalidez Permanente absoluta derivada de enfermedad común, con posibilidad de recuperación y mejoría con efectos desde 14-8-04. En la citada Resolución se fijó plazo de revisión de oficio por mejoría de la invalidez permanente a partir de 8/06. Dicha Resolución fue notificada a la empresa con fecha de salida del INSS. en 19-10-04. 4. Iniciado en 11-7-06 por el INSS. expediente de revisión de la invalidez permanente absoluta recocida al actor, por Resolución de 28-2-07 se declaró que no se encontraba en la actividad afecta de ningún grado de incapacidad permanente, debiendo



dejar de percibir la pensión a partir del día siguiente a la fecha de la presente Resolución. Dicha Resolución fue notificada a la empresa, con fecha de salida del INSS, de 6-3-07. 5. El 16-3-07 el actor se personó en la empresa demandada comunicándole verbalmente que ya no tenía reservado su puesto de trabajo al haber transcurrido más de dos años desde que fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta. 6. En 26-3-07 formuló en el CMAC papeleta de conciliación por despido, habiéndose celebrado el acto con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Hornija 97, S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la cual dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 2008 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Hornija 97, SL frente a la Sentencia del Juzgado Social 27 Barcelona de fecha 4.07.07 dictada en el procedimiento núm. 225 /2007, seguido a instancia de Germán contra -F.G.S.- Fondo de Garantía Salarial y la recurrente, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y en consecuencia desestimamos la demanda por inexistencia de despido".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Germán se preparó recurso de casación para unificación de doctrina.

QUINTO.- Admitido a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó el informe que obra en autos, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de mayo de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, si el derecho de reserva del puesto de trabajo previsto en el artº 48.2 del Estatuto de los Trabajadores obliga a la empresa a reincorporar al trabajador que es declarado no invalido en expediente de revisión por mejoría, pese a que la resolución del INSS recayó una vez superado el plazo dos años que establece dicho precepto, por el hecho de que el citado expediente se iniciara antes de finalizar dicho plazo.

Consta en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida que: **A)** El actor de este proceso prestaba servicios para la empresa demandada, "Hornija 97, S.L." con categoría profesional de cocinero cuando el día 15-2-03 inició un proceso de incapacidad temporal que concluyó el 14-8-02. **B)** Incoado expediente de invalidez, fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común "con posibilidades de recuperación y mejoría" por resolución de 19-10-04 y con efectos del día 14 de agosto de 2.004. **C)** En dicha resolución se acordó "proceder a la revisión de oficio por mejoría a partir de Agosto de 2.006, fecha a partir de la cual podrá instarse la revisión por agravación". **D)** El 11 de julio de 2.006, el INSS inició, de oficio, expediente de revisión por mejoría y por resolución de 28 de febrero de 2.007 declaró que el trabajador no se encontraba afecto de ningún grado de incapacidad permanente, por lo que debía dejar de percibir la pensión correspondiente a partir del día siguiente; la resolución fue notificada a la empresa el 6 de marzo de 2.007. **E)** El 16 de marzo siguiente el actor intentó reincorporarse a la empresa, lo que no consiguió al serle comunicado verbalmente que ya no tenía reservado su puesto de trabajo al haber transcurrido más de dos años desde que fue declarado en situación de invalidez permanente hasta la fecha de la resolución del INSS que revisó su estado.

Accionó el trabajador por despido improcedente y la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona de 4-7-07 estimó la demanda. Interpuso recurso de suplicación la empresa que fue estimado por la sentencia de 27 de marzo de 2.008 (rec. 9505/07) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con revocación de la de instancia y absolución a la patronal de la demanda deducida en su contra. En dicha sentencia, que transcribe literalmente un pasaje de la de esta Sala de 17 de agosto de 2.001 (rcud. 3645/2000), se razona que la previsión del artº 48.2 ET es meridianamente clara y que el plazo de reserva de dos años comienza a contar desde la declaración inicial de la invalidez permanente, de modo que si ésta no se deja sin efecto dentro de dicho plazo, el derecho de reserva se extingue; y en el caso, aunque el inicio del expediente de revisión de la invalidez se inicio antes de concluir ese plazo, la resolución del INSS dejándola sin efecto se produjo una vez transcurrido el mismo y por tanto cuando ya se había extinguido la obligación patronal de reservar la plaza y el correlativo derecho del actor a reincorporarse a la empresa.

SEGUNDO .- Frente a esta última sentencia ha formulado el trabajador el recurso de casación para la unificación de doctrina que se examina, ofreciendo como referencial la dictada el 7 de marzo de 2.000 (rec. 2.300/99) por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco que obra en autos con expresión de su firmeza.

El supuesto que resolvió esta sentencia es prácticamente idéntico al presente. El entonces actor, tras periodo de ILT, fue declarado por resolución del INSS de 7 de junio de 1.996 en situación de incapacidad permanente



absoluta con efectos de 31 de enero de 1.996 haciéndose constar en la misma que "se podrá instar la revisión por agravación o mejoría, según el art. 143 de la LGSS a partir del 31 de mayo de 1.998". El INSS inició expediente de revisión el 1 de junio de 1.998 y por resolución de 27 de noviembre de 1.998, notificada el 16 de diciembre, declaró que el trabajador no se encontraba en situación de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, dándole de baja en la pensión a partir del 31 de diciembre. Interesó el trabajador su reincorporación a la empresa que le fue denegada por comunicación escrita de 23 de diciembre, por haberse extinguido su derecho a reserva del puesto de trabajo.

Interpuso el actor demanda por despido improcedente que fue estimada por la sentencia de instancia. Y el posterior recurso de suplicación de la empresa fue desestimado por la sentencia referencial. Argumentó ésta, en síntesis, que el derecho de reserva del contrato de trabajo previsto en el art. 48.2 ET debía producir sus efectos puesto que la revisión de la situación invalidante se había iniciado dentro del plazo de los dos años, aunque la resolución del INSS dejándola sin efecto se dictara una vez transcurrido el mismo.

Concurre pues el presupuesto de la contradicción que exige el art. 217 LPL, pues ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

TERCERO - Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida ha efectuado una interpretación errónea del art. 48.2 ET y del art. 7.1 del Real Decreto 1.399/1995 de 21 de julio, pues entiende que, de acuerdo con dichos preceptos, al haberse iniciado el expediente de revisión antes de haber transcurrido dos años desde la fecha en que fue declarado inválido, su derecho de reserva al puesto de trabajo no se había extinguido y la empresa estaba obligado a readmitirlo. La patronal demandada, personada en esta sede, no ha impugnado en plazo el recurso. Y por su parte el Ministerio Fiscal ha emitido su informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

El recurso no puede ser estimado, pues ha sido la sentencia recurrida y no la referenciada que ha aplicado la doctrina correcta. El art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores, (que procede de la ley 42/94 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que reguló en su art. 36 "los efectos en la relación laboral de las situaciones de incapacidad temporal e invalidez permanente" y cuyo contenido pasó, en virtud de la autorización de su núm. 3, al vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores) dispone que "en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente".

Es evidente que este precepto, como ya señalamos en la sentencia de 17-7-01 (rcud. 3645/00) dictada por todos los Magistrados de esta Sala, estableció una excepción a la regla general que contenía el apartado e) del art. 49 ET, versión de la Ley 8/1980, y que prescribía que "el contrato de trabajo se extinguirá... por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador" (a la que el Texto Refundido de 1.995, añadió "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2"). Y como tal excepción, no permite una interpretación como la que realiza la sentencia referencial desbordando los claros términos del precepto (art. 1281 C. Civil). El periodo de suspensión, que comienza a contar, lógicamente, a partir de la fecha en que alcanza firmeza la resolución que declara al trabajador en situación de invalidez permanente, concluye, inexorablemente y sin posibilidad de extensión alguna, dos años después de dicha fecha.

CUARTO.- Es cierto que el art. 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dispone, para los "supuestos de declaración de invalidez permanente con reserva de puesto de trabajo", que "la subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, que se regula en el apartado 2 art. 48 TR ET, sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párr. 1º apartado 2 art. 143 LGSS, se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igualo inferior a dos años". Y que existe una evidente descoordinación normativa con el art. 48.2 ET puesto que permite fijar un plazo "igual a dos años" para instar (es decir, solicitar o pedir la iniciación del expediente) la revisión, con lo es claro que con tal plazo la resolución administrativa de revisión recaerá siempre una vez transcurridos ya los dos años de suspensión que fija el precepto estatutario. Por esa razón la sentencia referencial entiende que toda revisión iniciada antes de transcurrir el plazo de dos años del art. 48.2 ET obliga al empresario a reavivar la relación laboral, aunque la resolución administrativa se dicte después de transcurridos dos años a contar desde la fecha de la primera resolución que reconoció la situación invalidante.



Pero ello supone tanto como hacer prevalecer la previsión del art. 7 del Real Decreto sobre las disposiciones del arto 48.2 ET , con olvido de que el R.D es norma de inferior rango a la Ley del Estatuto de los Trabajadores; que, además, disciplina exclusivamente una materia de Seguridad Social y no laboral, por lo que en modo alguno puede extender o ampliar las obligaciones que el arto 48.2 ET impone al empresario en orden a la suspensión del contrato de trabajo; y que, en todo caso, la fijación de ese plazo extremo u otro próximo a la fecha final del plazo de suspensión, puede ser combatido por el trabajador en proceso de Seguridad Social, si considera que le puede perjudicar su derecho a reincorporarse a la empresa.

Por las razones expuestas procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador y la confirmación de la sentencia recurrida. Sin imposición de costas (art. 233.1. LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Germán contra sentencia de 27 de marzo de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación nº 9505/07 contra la sentencia de 4 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 27 en autos 225/07 . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquin Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.