

Roj: **STS 1092/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1092**Id Cendoj: **28079140012013100137**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/01/2013**Nº de Recurso: **149/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 11916/2011,**  
**STS 1092/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Estibaliz frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 26/octubre/2011 [recurso de Suplicación nº 1821/11 ], formulado frente a la sentencia de 04/Diciembre/2009 del Juzgado de lo Social núm. 39 de los de Madrid [autos 1473/09], seguidos a instancia de Don Estibaliz frente a ASOCIACION EDAD DORADA MENSAJERO DE LA PAZ, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Luis Fernando de Castro Fernandez,**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de diciembre de 2.009, el Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda formulada por Dña. Estibaliz frente a ASOCIACION EDAD DORADA MENSAJERO DE LA PAZ, frente a la que absuelvo de las pretensiones deducidas en su contra ante la inexistencia de despido".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- La actora, D<sup>a</sup> Estibaliz , prestaba sus servicios para la empresa demandada ASOCIACION EDAD DORADA MENSAJEROS DE LA PAZ, en la Residencia municipal de Personal Mayores de Campo Real, "Edad Dorada Mensajeros de la Paz", con antigüedad de 07-01-98, ostentando la categoría profesional de Gerocultora, y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 1.388'70 euros.- SEGUNDO.- La demandante inició su relación laboral en la fecha anteriormente indicada con Caritas Diocesana de Alcalá, en la que se subrogó la demandada con fecha 01-02-03. Esta Asociación suscribió Convenio de colaboración para la gestión del centro de atención a Personas Mayores de Campo Real con fecha 31-01-03, que al figurar incorporado al ramo de prueba de la parte actora como documento número 12 se tiene por reproducido en este apartado.- TERCERO.- La demandante causó baja médica con fecha 16-03-08, permaneciendo en situación de Incapacidad Temporal, habiéndole sido abonada la prestación de Incapacidad Temporal por la demandada en forma de pago delegado hasta el mes de marzo de 2009 inclusive.- CUARTO.- Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 17-04-09 le fue reconocida a la actora la prórroga de dicha prestación con efectos de 01-04-09, y por un periodo máximo de seis meses, que fue hecha efectiva de forma directa por la citada Entidad Gestora.- QUINTO.- Mediante nueva resolución del INSS de 28-09-09 se resolvió iniciar expediente de Incapacidad Permanente, poniendo en conocimiento de la actora que durante dicha situación se prorrogarían los efectos económicos de la prestación de Incapacidad Temporal.- SEXTO.- La demandada abonó a la demandante el complemento de Incapacidad Temporal hasta el 15-09-09.- SEPTIMO.- La demandada cursó la baja de la trabajadora en



la Seguridad Social por causa de "agotamiento de I.T." con efectos de 15-09-09.- OCTAVO.- Y en esa misma fecha, 15-09-09 la demandada notificó a la actora el finiquito por baja en la empresa por agotamiento del periodo de IT, siéndole abonadas las partes proporcionales de paga de diciembre y de vacaciones, haciendo constar la actora su disconformidad.- NOVENO.- Por resolución del INSS de 06-10-09 la actora fue declarada en situación de Incapacidad Permanente Total, con efectos de 19-10-09, estableciéndose como fecha de revisión por agravación o mejoría la del 01-10-11.- DECIMO.- Se celebró el acto previo de conciliación con resultado de intentado y sin efecto".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Estibaliz , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 26 de octubre de 2011 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid , en autos nº 1473/2009, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Estibaliz contra ASOCIACIÓN EDAD DORADA MENSAJEROS DE LA PAZ, en reclamación por DESPIDO, revocando la misma y declaramos improcedente el despido de la trabajadora condenando a la empresa a que, en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 24.475,83 euros (veinticuatro mil cuatrocientos setenta y cinco con ochenta y tres céntimos de euro) y, además, cualquiera que sea el sentido de la opción, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se prueba por el empleador lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De no optar expresamente se entiende que lo hace por la readmisión. De los salarios de tramitación se deducirán el período coincidente con la incapacidad temporal y aquellos en que haya estado en incapacidad permanente total".

**CUARTO.-** Por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Estibaliz , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia infracción de los arts. 48.2 , 49 y 56 ET , arts. 1101 , 112 , 1132 , 1134 y 1136 del Código Civil , arts. 110 , 111 y 284 LPL y del art. 18 LOPJ , en relación con los arts. 14 y 24 CE . Y señala como decisión de contraste la STSJ Castilla-La Mancha 19/04/07 [rec. 324/07 ] .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de octubre de 2.012, suspendido dicho trámite, y dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera en Sala General, señalándose el día 19 de diciembre de 2.012, suspendiéndose el mismo y señalándose nuevamente para el día 23 de enero de 2.013, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Los hechos objeto del presente enjuiciamiento son resumibles en los siguientes términos: a) la trabajadora demandante inició IT en **18/03/08** , con abono del subsidio por la demandada; b) la situación le fue prorrogada desde el 01/04/09 por un periodo máximo de seis meses, abonando el subsidio -durante la prórroga- la EG por gestión directa; c) por resolución de 28/09/09 se le inició expediente de IP, persistiendo la prórroga de efectos; d) la empresa demandada abonó el complemento de IT hasta el **15/09/09** , fecha en la que le dio de baja en la Seguridad Social «por agotamiento de IT» y comunicó a la trabajadora el finiquito por baja en la empresa; e) con efectos de **19/10/09** , al actor le fue reconocida IPT, estableciéndose como fecha de revisión por agravación o mejoría la de 01/10/11.

2.- Presentada demanda por despido, el JS Madrid nº 39 dictó sentencia en 04/12/09 [autos 1473/09], desestimando la demanda al considerar que la «decisión empresarial no es constitutiva de despido, porque la baja en la Seguridad Social de la trabajadora obedeció a la finalización de la obligación de cotizar, y es por tanto una situación administrativa que no es equivalente a un despido». Y recurrida en Suplicación, la STSJ Madrid 26/10/11 [rec. 1821/11 ] revocó la de instancia, declaró que el cese constituía despido improcedente y condenó a la empresa a optar entre la readmisión y la indemnización, por entender -Auto aclaratorio de 30/11/11- que la pretendida imposibilidad de readmisión [alegada por la recurrente] «no puede prosperar por cuanto que cuando se dicta la sentencia de instancia no había transcurrido el plazo de 2 años a que se refiere el artículo 48.2 del ET ».

3.- Se formaliza recurso de casación por la trabajadora, que denuncia infracción de los arts. 48.2 , 49 y 56 ET , arts. 1101 , 112 , 1132 , 1134 y 1136 del Código Civil , arts. 110 , 111 y 284 LPL y del art. 18 LOPJ , en relación con los arts. 14 y 24 CE . Y señala como decisión de contraste la STSJ Castilla-La Mancha 19/04/07



[rec. 324/07 ], cuyo supuesto fáctico es éste: a) el trabajador había sido despedido el **13/04/04**, en situación de IT; b) en **13/08/04** fue declarado en IPA, con efectos de 27/07/04; c) en **19/11/04** se dictó sentencia que declaró improcedente el despido, con derecho del empresario a optar entre readmisión o indemnización; d) en **23/12/04** se declaró la firmeza de la sentencia; e) solicitada ejecución de la misma, en **31/03/06** se dictó Auto por el que se declara extinguida la relación laboral; y f) interpuesto recurso de Suplicación por el trabajador, la Sala de lo Social -en la resolución señalada como referencial- condena a la empresa al abono de la indemnización, por considerar inaplicable el art. 48.2 ET [al tratarse de una declaración de IPA ordinaria, sin previsión alguna de mejoría del estado del incapaz] y porque de entre las obligaciones alternativas «el deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles».

**SEGUNDO.-** 1.- El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que esa discordancia se manifieste en la parte dispositiva de las sentencias, al contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 24/04/12 -rcud 3650/11 -; 14/05/12 -rcud 2974/11 -; y 04/06/12 -rcud 163/11 -).

2.- Como se refleja el precedente fundamento jurídico la sustancial paridad de los supuestos a contrastar es inequívoca, pues en ambos casos se trata de trabajadores despedidos, a los que posteriormente se les reconoce en situación de IP y cuyo despido es declarado improcedente, pero en tanto que la sentencia recurrida entiende que esa declaración [IPT] no es obstativa para que el empresario pueda optar por la readmisión, la decisión referencial considera que esta segunda opción es jurídicamente inviable por irrealizable tras la previa declaración de IPA.

Ciertamente que entre los supuestos a comparar existen diferencias, pero éstas son irrelevantes a los efectos de contradicción. En concreto, ninguna trascendencia ha de atribuirse al hecho de que las resoluciones hayan sido dictadas en trámite declarativo [la recurrida] o ejecutivo [la contrastada], puesto que la firmeza de la segunda -en cuya ejecución se dicta la referencial- únicamente refuerza la contradicción «a fortiori», pues en este supuesto la situación -de hecho y jurídica- darían inferior apoyo a la pretensión, si se atiende a que la declaración de opción -efectuada en la sentencia a ejecutar- ya había adquirido firmeza, pese a lo cual el Tribunal de contraste entiende que la opción es inviable ( SSTS 22/05/97 -rcud 3930/96 - ... 30/05/11 -rcud 2598/10 -; 28/11/11 -rcud 107/11 -; 07/12/11 -rcud 777/11 -; y 27/02/12 -rcud 1563/11 -); como tampoco tiene relevancia alguna el diverso grado de IP en el que los trabajadores fueron declarados en los procedimientos [IPT e IPA, respectivamente], pues tanto el uno como el otro son causa de extinción del contrato de trabajo, ex art. 49.1.e) ET ; y en último término, ningún valor puede darse -desde la perspectiva de la examinada contradicción- al hecho de que la decisión hoy recurrida razonase indebidamente en orden a la aplicación del art. 48.2 ET , pues el supuesto de hecho declarado probado no lo consentía [se trataba de una declaración de IP «ordinaria» y no la «especial» que aquel precepto contempla], y con ello nos trasladamos a un error de apreciación jurídica en la que no incurre -precisamente- la decisión referencial.

**TERCERO.-** 1.- Insistiendo en este último extremo ha de precisarse que son perfectamente distinguibles -por diversidad de sus requisitos y consecuencias-:

a).- La declaración «ordinaria» de IP, para la que el art. 143.2 LGSS dispone que en su declaración se «hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional»; y respecto de la cual el art. 49.1.e) ET proclama su cualidad -tratándose de IPT, IPA o GI- de causa extintiva del contrato.

b).- La declaración «especial» de IP que contemplan los arts. 7 RD 1300/1995 [21/Julio ] y 48 ET , y que -conforme a tales preceptos- (1) únicamente es admisible «cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo»; (2) se haga constar en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento; (3) comporta la subsistencia de la relación de trabajo y la 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 IP; y (4) debe ser objeto de oportuna notificación al empresario.

2.- Como muy atinadamente observa el Ministerio Fiscal en su estudiado informe, «la situación que prevé el art. 48.2 ET es la contraria, en cierto sentido, a la del art. 143.2 LGSS . En el art. 48.2, precisamente a causa de la probabilidad de la mejoría del interesado, la revisión se ha de efectuar necesariamente en los dos años siguientes a la resolución que reconoció la IP. En cambio, en el art. 143.2 LGSS la revisión no se puede realizar en el tiempo inmediato posterior a la resolución del INSS, sino después de que se haya cumplido el plazo señalado en tal resolución».

**CUARTO.-** 1.- Justificada así la inaplicabilidad del art. 48.2 ET al caso de autos, la doctrina que hasta la fecha ha sido seguida por esta Sala en supuestos de idéntica imposibilidad readmisoria sobrevenida [contratos



temporales extinguidos con anterioridad a la sentencia; fallecimiento del trabajador acaecido en idéntica circunstancia; o declaración de IP], es básicamente la que sigue:

a).- Cuando desaparece un término de la obligación alternativa establecida en el art. 56 ET , por no ser posible la readmisión del trabajador, en tal caso «debe aplicarse el art. 1134 del Código Civil , manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización, ... y ello porque ... los perjuicios causados por despido improcedente, ... no son sólo los materiales [pérdida de salario y puesto de trabajo] sino otros de naturaleza inmaterial [pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo] ... que deben ser indemnizados» ( SSTS 29/01/97 -rcud 3461/95 -; 28/04/97 -rcud 1076/96 -; 22/04/98 -rcud 4354/97 -; 19/09/00 -rcud 3904/99 -; 23/07/09 -rcud 1187/08 -).

b).- «La construcción de la responsabilidad derivada del despido deberá coherente el marco general establecido por el Código Civil en sus artículos 1.101 al 1.136 con las especialidades derivadas del Estatuto de los Trabajadores a propósito de la extinción del contrato de trabajo a consecuencia del despido... El artículo 1.101 del Código Civil establece el principio general de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones y siendo la injusta extinción de una relación laboral, lo que priva a una de las partes, el trabajador, del trabajo reconocido como deber-derecho ciudadano al amparo del artículo 35 de la Constitución Española , tal decisión voluntariamente adoptada por el empresario deberá comportar responsabilidad para éste» y «una peculiaridad del ordenamiento laboral como es la de conferir al deudor, empresario, la posibilidad de opción entre las dos obligaciones, no puede, por lógica, cerrar el camino a la solución iuscivilista establecida en aras de la protección del acreedor, pues lo contrario supondría dejar a éste indefenso, en un medio como el laboral orientado a la tutela del trabajador» ( STS 13/05/03 -rcud 813/02 -).

2.- Manteniendo la fuerza dialéctica de las argumentaciones precedentes, el nuevo examen del tema también nos ha llevado a entender -en el Pleno de la Sala- que: a) es innegable que desde el punto de vista de su expresión formal, la obligación establecida en el art. 56.1 ET para el despido declarado improcedente [«... el empresario... podrá optar entre la readmisión del trabajador ... o el abono de... [u]na indemnización...»] debe encuadrarse en la categoría de las obligaciones alternativas, pues es claro que se trata de una obligación que literalmente constriñe al deudor/empresario al cumplimiento de una de las dos prestaciones previstas [readmitir/indemnizar], atribuyendo en general la elección al deudor/empresa [regla del art. 56.1 ET ], pero disponiendo excepcionalmente el derecho de opción en favor del acreedor/trabajador [ art. 56.4 ET , para el caso de despido de representante unitario o sindical]; y b) aunque en un plano puramente dogmático pudiera cuestionarse la exacta configuración de esa obligación empresarial [no ya como alternativa pura, sino como la subespecie facultativa], sin embargo ello en ningún caso trascendería a la consecuencia que aplicar al supuesto de imposibilidad de la prestación, que -a diferencia de lo que pudiera ocurrir para las obligaciones regidas por el Derecho Común- en todo caso sería el necesario cumplimiento de la prestación indemnizatoria, como única posible.

**QUINTO.-** 1.- En efecto, la obligación del empresario es de origen legal, y como tal -de acuerdo con el art. 1090 CC - se rige por los preceptos de la ley que la establece [Estatuto de los Trabajadores] y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil sobre «obligaciones y contratos»; en el bien entendido de que estas últimas por fuerza han de resultar acordes al citado origen legal y a su específica regulación normativa, y de que en la solución a las posibles lagunas han de jugar decisivo papel los principios generales del Derecho, muy singularmente los que informan el propio Derecho del Trabajo.

2.- En este sentido, muy tempranamente ha considerado la jurisprudencia que si el Ordenamiento a que la ley pertenece mantiene sus propias directrices o finalidades, divergentes de las que informan el Derecho Civil común, aquellas directrices son las que han de tenerse en cuenta en el ámbito aplicativo de la obligación legal de que se trate. Así se ha rechazado la aplicación supletoria de las prescripciones del Derecho común cuando la regulación específica -accidente de trabajo- «no ofrece oscuridad ni deficiencias que deban subsanarse con los preceptos del Código» [ STS 28/12/1906 ]; se ha negado -también sobre relaciones de trabajo- que por aplicación del art. 1090 CC , el Libro IV del mismo sea derecho supletorio de primer grado y pueda relegar el sistema de fuentes laborales [ SSTS 26/06/1924 ; y 23/11/1927 ]; y -con carácter general- se ha mantenido que cuando los principios rectores de la obligación legal son dispares a las del Derecho común, la primera solución supletoria ha de hallarse en el marco de la propia ley que la establece, y sólo en defecto de ésta puede acudir a las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones [ SSTS 09/12/1953 ; y 02/01/1959 ].

3.- Planteada la cuestión en tales términos, la primera consideración que viene al caso es la de que la regulación que en la materia hace el ET tiene por presupuesto un acto ilícito del empresario [la ruptura de la relación laboral sin causa legalmente justificativa], y que en orden a reparar el mal injustamente causado se establece la correspondiente obligación de «hacer» [readmitir en el puesto de trabajo en igualdad de condiciones], pero se le añade el opcional cumplimiento por equivalencia [indemnizar los daños y perjuicios causados].





Con ello se sigue el esquema del Código Civil en orden a las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones [arts. 1088 ... 1101 ], aunque con la peculiaridad -antes referida- de fijar para la «solutio» una indemnización tasada que comprende -limitadamente- todos los perjuicios que al trabajador hubieran podido causársele, tanto de orden material como inmaterial, según ha mantenido la doctrina tradicional de la Sala respecto de la cuestión objeto de debate; siquiera en los últimos tiempos hayamos admitido la posibilidad de reclamaciones adicionales -independientes y compatibles- por vulneración de derechos fundamentales ( SSTS 23/03/00 -rcud 362/99 -; 12/06/01 -rcud 3827/00 -; y 13/06/11 -rcud 2590/10 ).

**SEXTO.-** 1.- Como hemos adelantado, los principios rectores que informan la legislación laboral en orden a la obligación [readmisión/indemnización] determinada por el despido improcedente llevan a la misma consecuencia derivable del citado art. 1.134 CC .

Esa consecuencia se manifiesta en los supuestos de imposibilidad -no imputable- de la prestación, que son causa de extinción del vínculo obligacional, pero no liberan al empresario de responsabilidad económica. Tal es el caso de la fuerza mayor, que únicamente genera limitación indemnizatoria pero siempre que se acuda al procedimiento extintivo legalmente previsto [ art. 51,12 ET ], pues de lo contrario la responsabilidad por la finalización contractual -a través del cierre de la empresa, por ejemplo- sería plena. También esa diversidad informadora respecto del Código Civil se pone de manifiesto en que -una vez más a diferencia del art. 1184 CC - los supuestos de imposibilidad prestacional por muerte, jubilación o IP del empresario, si bien son legítima causa extintiva del contrato, de todas formas comportan indemnización para el trabajador, aunque limitada [ art. 49.1.g) ET ]. En no menor medida la diversidad de tratamiento se refleja en que determinadas circunstancias personales del trabajador -ineptitud, falta de adaptación- pueden obstar la prestación por él debida y sin embargo no excluyen su derecho a la correspondiente indemnización, aunque la minore[n] [ arts. 52 y 53 ET ]. Y más específicamente, el tratamiento diferencial se pone de manifiesto en el art. 284 LPL , al disponer -siquiera en fase ejecutoria- que la imposibilidad de readmitir al trabajador -por cese o cierre de la empresa- comporta la extinción de la relación laboral y el abono de la indemnización correspondiente; obligación que el vigente art. 286.1 LRJS extiende -incluso- a «cualquier otra causa de imposibilidad material o legal», estableciéndose así un mandato que es el reverso de la solución propia de las obligaciones facultativas, en las que los supuestos de imposibilidad ajena al deudor/empresario se traducen -como arriba hemos señalado- en la extinción de la obligación por el perecimiento de la prestación.

2.- Pero también hay otra razón de peso que justifica la solución indemnizatoria tradicional en los casos en que la readmisión sea imposible por causas que afecten al propio trabajador [fallecimiento; y declaración de Incapacidad Permanente] o a la misma relación laboral [expiración del plazo en contratos temporales]. Y es la de que la indemnización legalmente prevista para el despido improcedente ofrece -como anteriormente se apuntó- destacadas peculiaridades respecto de la establecida en Derecho común, tal como han destacado la Sala en cuatro sentencias de 31/05/06 [recursos 5310/04 ; 1763/05 ; 2644/05 ; y 3165/05 ], y entre las que destacar muy significativamente un carácter que tradicionalmente hemos calificado de objetivamente tasado, siquiera en los últimos tiempos -como antes señalamos- se hayan admitido indemnizaciones complementarias por conculcación de derechos fundamentales.

Significa lo anterior que aún a pesar de que la naturaleza de la indemnización legal por despido sea esencialmente reparadora - que no sancionadora-, la circunstancia de que tampoco aspire a la «restitutio in integrum», sino que -en palabras de la STC 6/1984, de 24/Enero , FJ 5- se trate de una «suma que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia de despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos», lleva a la lógica consecuencia de que tal montante se adeude por el empresario que ha adoptado la injustificada decisión, no sólo en los supuestos de resultar imposible la prestación -dar trabajo o prestar servicios- que la norma laboral expresamente contempla [los que ya hemos referido más arriba], sino también en aquellos otros casos en los que las particulares circunstancias del contrato o del propio trabajador hagan imposible la prestación de servicios y -con ello- la opción por la readmisión. Consecuencia que imponen la naturaleza -tasada y formalmente desvinculada del perjuicio real- de la indemnización prevista legalmente y un elemental criterio de equidad: si no se atiende al perjuicio real para fijar la indemnización, parece coherente prescindir también de su propia existencia -la del perjuicio económico real- para atribuir aquélla.

**SÉPTIMO.-** Por todo ello, siendo el supuesto objeto de debate el hecho de que la declaración de IPT posterior al despido hizo inviable la posibilidad de readmitir a la trabajadora, el único término admisible de condena no es ya la opción -readmitir o indemnizar- que con carácter general contempla el art. 56.1 ET , sino que ha de imponerse al empresario la única obligación que tras la declaración de IPT resulta factible, la de indemnizar en los términos legales a la empleada despedida. Y para concluir bien pudiéramos reproducir lo que decíamos en la citada STS 04/05/05 [rcud 1899/04 ], respecto de que «lo que ha sucedido ha sido consecuencia de decisiones adoptadas -quizá con alguna precipitación o falta de previsión- por la propia demandada, cuyas



consecuencias debe padecer ahora sin que pueda acogerse su alegación, meramente hipotética, de que si hubiera habido en su momento una extinción por incapacidad permanente, no hubiera abonado indemnización por despido».

Las precedentes razones implican -tal como informa con fundamentado razonamiento el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida haya de ser casada y anulada. 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

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Estibaliz y revocamos en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en fecha 26/ Octubre/2011 [recurso de Suplicación nº 1821/11 ], que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 04/Diciembre/2009 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 39 de los de Madrid [autos 1473/09], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos sustancialmente el de tal clase formulado por la ahora recurrente y excluimos el derecho del empresario a optar por la readmisión, manteniendo los restantes pronunciamientos de la condena frente a «ASOCIACIÓN EDAD DORADA MENSAJEROS DE LA PAZ».

Sin imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,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. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. **Luis Fernando de Castro Fernandez** D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Antonio Martin Valverde D. Jesus Souto Prieto

## Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia de 28 de enero de 2013, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 149/2012.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina nº 149/12, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

### 1. Planteamiento.

La discrepancia con el criterio mayoritario radica en el tratamiento que da a la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones en las obligaciones alternativas. Ciertamente que el artículo 56-1 del Estatuto de los Trabajadores concede al deudor el derecho a optar entre dos modalidades de cumplimiento de la condena por despido improcedente: la readmisión, esto es la vuelta a la situación anterior al despido, o la rescisión indemnizada del contrato. El desacuerdo con el criterio mayoritario radica en que el mismo aplica pura, simple y literalmente, el artículo 1.134 del Código Civil , olvidando cualquier posibilidad de liberación del deudor, esto es toda la teoría sobre la imputación de los riesgos causantes de la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones alternativas. Más aún, la calificación de la obligación como alternativa no es correcta; es más adecuado considerarla facultativa, lo que, como después se verá, conlleva que la imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación principal por causa imputable al acreedor extinga la obligación, sin obligación de indemnizar. Por si fuera poco, tampoco tiene en cuenta, la doctrina general sobre los principios rectores del nacimiento de la responsabilidad civil y la imputación objetiva, doctrina que igualmente llevaría a liberar al patrono de la obligación de indemnizar.

### 2.- Análisis de la norma aplicable.

El artículo 56-1 del E.T . regula las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido imponiendo al empresario (deudor) en primer lugar la obligación de readmitir al despedido (obligación de hacer cuyo incumplimiento daría lugar a la oportuna indemnización de daños y perjuicios). Lo dicho lo corrobora el nº 3



del citado artículo al disponer que el silencio del empresario supone que el mismo opta por la readmisión. Seguidamente, conociendo el legislador la dificultad de ejecutar las obligaciones de hacer, la norma concede al deudor la posibilidad de no readmitir y de sustituir esa obligación por la rescisión indemnizada del contrato mediante el abono de la indemnización allí establecida, otorgando al patrono, como regla general, posibilidad de optar por una u otra prestación. No hacía falta que diera al patrono la posibilidad de optar por la indemnización, porque el artículo 1.124 y demás concordantes del Código Civil imponen tal deber a quienes incumplen culpablemente sus obligaciones de hacer. Si el legislador concede la opción es porque quiere agilizar los trámites de la ejecución de una obligación de hacer y porque en definitiva por economía procesal y para resolver con rapidez la situación del despido el legislador ha decidido no sólo conceder la opción por la rescisión indemnizada del contrato, sino tasar legalmente el importe de esta.

### 3. Sobre la existencia de una obligación facultativa.

Se llama obligaciones facultativas (realmente se trata de obligaciones "con facultad alternativa") a aquellas en las que alguien tiene la obligación de cumplir determinada prestación, pero en el momento del pago puede sustituir aquella obligación por otra. La esencia de la obligación facultativa radica en que es el deudor quien puede optar entre cumplir la obligación principal o hacer uso de la "faculta solutionis", de la facultad de liberarse entregando otra prestación. Consecuentemente, el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación principal y la imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento de esta prestación principal generará la extinción de la obligación facultativa, sin que el deudor venga obligado a cumplir la otra, ni a reparar los daños causados, salvo que esa imposibilidad le sea imputable. Estas obligaciones facultativas se confunden con las alternativas y por eso también son denominadas alternativas incorrectas o con facultad alternativa.

De lo razonado en el anterior apartado se deriva que el artículo 56 del E.T. establece una obligación facultativa (una alternativa- incorrecta). En efecto, la prestación principal que se establece es la de readmitir y, salvo supuestos especiales, el acreedor (trabajador) no tiene derecho a pedir la rescisión. Incluso si el deudor nada dice, se entiende que viene obligado a readmitir ( art. 56-3 del E.T.). Los artículos 276 y siguientes de la L.P.L., norma aplicable al caso que nos ocupa, muestran que el trabajador en principio sólo puede pedir la readmisión y que sólo cuando se acredite que no hubo readmisión o que esta se produjo de forma irregular procederá la rescisión indemnizada del contrato ( art. 279). Idéntica solución contemplan los artículos 278 a 280 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.J.S.).

Consecuentemente, si la obligación del patrono es facultativa, la imposibilidad de cumplir la prestación principal por causa no imputable a él extingue su obligación y no viene obligado a cumplir la otra, "la faculta solutionis". En este sentido se emitió un fundado voto particular a la sentencia de 13 de mayo de 2003 (R. 813/2002). El contrato se extingue por causa no imputable al patrono antes de que se declare la improcedencia del despido.

### 4. Imposibilidad sobrevenida de cumplir una de las obligaciones alternativas.

De no estimarse que estamos ante una obligación facultativa, la solución tampoco es la que da la mayoría partiendo de la idea de que se trata de una obligación alternativa con base en el art. 1134 del Código Civil y en los principios rectores de la legislación laboral.

Sobre la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones de las obligaciones alternativas, existen numerosos comentarios doctrinales que analizan los más variados supuestos, pero aquí se va a examinar sólo el que hace referencia a la pérdida de una de las modalidades de la prestación alternativa por causa imputable al acreedor, en los casos en que era el deudor quien tenía el derecho a elegir.

La doctrina dominante estableció la regla consistente en que los actos del acreedor, destructores de uno o varios de los contenidos de la prestación alternativa, no deben ni pueden impedir el ejercicio por parte del deudor de su facultad de elegir, aparte que darían lugar, en su caso, a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Esta regla, extraída de Paulo en la Ley 55 al Legem Aquiliam (D. 9,2,55) es recogida en parte por el párrafo 265, inciso segundo, del B.G.B. que dice: << La limitación (al resto de las prestaciones todavía posibles) no tiene lugar si la prestación se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder la parte no titular de la elección>>, mandato con el que se conserva el derecho del deudor a elegir la modalidad prestacional que ha resultado inviable o mejor dicho sus efectos. El Código Civil italiano en el inciso segundo del párrafo primero de su artículo 1.289 autoriza al deudor a elegir la modalidad prestacional de que se vió privado por la acción del acreedor, sin perjuicio de poder optar por la otra prestación y pedir a la par el resarcimiento de daños. El art. 1.973 del Código Civil mejicano para estos casos concede al deudor el derecho a "pedir que se le de por libre de la obligación o que se le rescinda el contrato con indemnización de daños y perjuicios".



En nuestro derecho el art. 1.134 del Código Civil tiene una redacción semejante a la del inciso primero del párrafo 265 del B.G.B. y presupone la reducción a una sola modalidad prestacional en los casos de pérdida por culpa del deudor o caso fortuito, pero, como nada más dice, es posible aplicar la regla antes citada sobre la supervivencia del derecho del deudor a elegir la modalidad que devino en imposible por causa imputable al acreedor.

Otra corriente doctrinal, integrada por Rubino y Mucius Scaevola, entre otros, considera que el artículo 1.134 del Código Civil es aplicable incluso en los supuestos de pérdida por causa imputable al acreedor, pero que, como tal solución conduce a un resultado absurdo e injusto que desnaturaliza la figura de la obligación alternativa, cabría que el deudor reclamara daños y perjuicios al acreedor que moderaran el alcance de su responsabilidad. Como puede apreciarse las dos interpretaciones conducen finalmente a la misma solución práctica: la extinción de la obligación alternativa por ser elegida por el deudor, que queda liberado, la modalidad prestacional que devino en imposible o, en otro caso, cumplimiento de la prestación que subsiste, con reclamación al acreedor de la indemnización correspondiente a lo pagado de más por haberse perdido la posibilidad de optar por la prestación que resultó imposible.

En este sentido se pronunció esta Sala en su sentencia de 28 de abril de 2010 (R. 1113/2009) en la que, tras estudiarse los artículos 1.136 y 1.184 del Código Civil y 284 de la L.P.L. se dijo que las normas reguladoras de las obligaciones alternativas no generaban la responsabilidad del patrono (deudor) cuando la imposibilidad sobrevenida no le era imputable.

5. Sobre la inaplicación de las normas del Código Civil en los supuestos de imposibilidad de la readmisión por culpa del acreedor, al ser de aplicar los principios que informan el Derecho del Trabajo.

La mayoría sostiene (Fundamentos de derecho cuarto, número 2, y sexto, principalmente) que de la literalidad del artículo 1134 del Código Civil y de los principios generales del derecho del trabajo se deriva la necesidad imperiosa de abonar la indemnización en los casos de extinción del contrato por muerte o incapacidad del trabajador antes de que se califique el despido como improcedente. Ya se ha rebatido en el anterior apartado esa interpretación del artículo 1134 del Código Civil porque olvida la teoría general de los riesgos en el cumplimiento de las obligaciones. Incluso la mayoría reconoce esa teoría general en el último inciso del fundamento de derecho cuarto (nº 2), pero no la aplica por considerar que esa solución es contraria a los principios que informan el Derecho Laboral, argumento que estima incorrecto en este caso, como pasa a exponer.

La aplicación supletoria del Código Civil y de los principios generales sobre las obligaciones y contratos es cuestión pacífica, pienso. Ello sentado, se acepta que primero se aplique el sistema de fuentes laborales del derecho y que los principios del derecho laboral predominen en la aplicación de las normas laborales y en la supletoria del Código Civil y de la teoría general de las obligaciones. Pero es el caso que el artículo 56-1 del Estatuto de los Trabajadores establece, simplemente, el derecho del patrono a optar y que su silencio se interpreta en el sentido de que opta por la readmisión (nº 3), sin que en ningún lugar disponga que debe indemnizarse en caso de ser imposible la readmisión por causa no imputable al empleador, mientras que si contempla ( art. 49-1-e) del E.T. ) que el contrato se extingue por la muerte o incapacidad permanente del trabajador sin derecho a indemnización.

A falta de norma expresa y pese a las disposiciones existentes en sentido contrario, la mayoría se funda en principios generales del derecho laboral, pero no llega a concretar cuales son esos principios. Para indicar de donde derivan esos principios, en el fundamento de derecho sexto se alude a los casos de extinción contractual por fuerza mayor, muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario e ineptitud sobrevenida supuestos en los que subsiste la obligación de indemnizar. Pero se olvida que esos casos son contemplados expresamente por el Estatuto de los Trabajadores (art. 49-1 apartados g ) y h ) y artículo 52) que da una regulación especial a los mismos, regulación de la que, expresamente, quedan excluidos por disposición expresa ( art. 49-1-e) del E.T. ) los casos de muerte e incapacidad permanente del trabajador, en los que se extingue el contrato sin derecho a indemnización.

Lo dispuesto en el artículo 284 de la L.P.L. , norma aplicable al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, no desvirtúa lo dicho, esto es, que es aplicable la teoría general de los riesgos en el cumplimiento de las obligaciones y que no existe obligación de indemnizar cuando la imposibilidad de readmitir no es imputable al deudor, sino al acreedor (trabajador). Obsérvese que la ejecución de la sentencia se inicia a petición del trabajador quien debe pedir la readmisión ( artículos 277 y siguientes de la L.P.L. ).

El art. 286 de la nueva L.J .S. nada ha variado, contempla los supuestos de imposibilidad de readmisión por causa imputable al patrono, pero no los de imposibilidad por causa imputable al acreedor, esto es, por extinción del contrato por causas legales ajenas a la voluntad del empleador.





#### 6. Sobre la existencia de una obligación de indemnizar por despido tasada y objetiva.

En el apartado 2 del fundamento de derecho sexto, la mayoría, con base en la existencia de una indemnización tasada, acaba concluyendo al final que la indemnización se debe siempre, al venir desvinculada de la existencia del perjuicio sufrido (inciso final del fundamento sexto nº 2). Con ello, se objetiva el riesgo... la indemnización se debe por la simple existencia del despido improcedente, aunque no exista daño que reparar, conclusión a mi parecer errónea.

En efecto, con ello la Sala se aparta de los principios rectores de la responsabilidad civil que, resumidamente, para el nacimiento de esa responsabilidad, exigen en primer lugar la producción de un daño, en segundo lugar la existencia de un nexo causal entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso y en tercer lugar que ese resultado sea objetivamente imputable a aquella conducta, con arreglo a la ley o a criterios deducidos de ella por el operador jurídico. Entre los criterios de imputación destaca, entre otros, el de << riesgo general de la vida >> que, como señala la doctrina más autorizada "propone negar la imputación de aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado... o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado". Entre esos daños previsibles e inevitables se encuentran la muerte y la incapacidad laboral permanente por cualquier causa, supuestos en los que, consecuentemente, no se puede imputar objetivamente a un tercero por su acaecimiento, cuando ninguna intervención ha tenido en su producción, pues son riesgos propios de la vida.

#### 7. Colario.

El derecho a la indemnización del artículo 56-1 del E.T. no ha debido reconocerse porque el contrato se extinguió por la incapacidad permanente del trabajador, cosa no imputable al patrono. Por ello, si se aplica el artículo 1.134 del Código Civil, debe seguirse la doctrina sobre las obligaciones facultativas y alternativas antes reseñada. Doctrina de la que se deriva que, si la obligación alternativa se extinguió por causa imputable al acreedor, nada se debe porque no se puede imputar ninguna responsabilidad al deudor.

El derecho a la indemnización no llegó a nacer porque antes se extinguió la obligación de readmitir, obligación de hacer que se acabó, conforme al art. 1.184 del Código Civil, cuando legalmente, devino en imposible, esto es cuando se concluyó el contrato, conforme al artículo 49-1-e) del Estatuto de los Trabajadores, por la incapacidad permanente del trabajador (también se extingue por la muerte). Al finalizar el contrato, el empleador quedó liberado de las obligaciones no adquiridas en ese momento. Más aún, debe tenerse presente que el contrato de trabajo al tiempo del supuesto despido estaba suspendido por la incapacidad temporal del trabajador (art. 45-1-c) del E.T.), situación de baja laboral temporal que enlazó con la de incapacidad permanente, lo que supone que la improcedencia del despido no habría obligado nunca a la readmisión, sino a mantener vigente la suspensión del contrato hasta que esta se alzara o el contrato terminara.

De no estimarse que la obligación de readmitir no llegó a nacer por extinguirse antes el contrato, la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil nos llevaría a la misma conclusión:

No existe daño que reparar y no existe relación de causa a efecto entre la imposibilidad de readmitir y una acción del empleador. Ningún criterio de imputación objetiva puede hacer al empleador responsable de la no readmisión, pues, precisamente, los criterios de imputación objetiva hacen responsable de la imposibilidad de la readmisión al acreedor (trabajador) que es quien debe soportar el riesgo de su incapacidad laboral o muerte por causa ajena a un acto del patrono.

#### 8. Epítome.

El fallo del que se discrepa no ha debido reconocer una indemnización sustanciosa por despido improcedente a una trabajadora con contrato suspendido por incapacidad temporal que a los pocos días de ser baja por la empresa en la Seguridad Social fue declarada en situación de incapacidad permanente.

Al resolver de esa guisa, la mayoría ha olvidado que el día del supuesto despido el contrato estaba suspendido, suspensión que enlazó, sin solución de continuidad, con su extinción, lo que comporta que el deber de readmitir no llegara a nacer, pues sólo habría existido el de continuar con el contrato en suspenso.

Al fundar el fallo en el artículo 1.134 del Código Civil y en las normas que regulan las obligaciones alternativas, la mayoría no ha valorado, ni ha tenido presente la doctrina de los riesgos en las obligaciones alternativas, sin que tampoco haya valorado que era imputable al acreedor (trabajadora) y no al empresario la imposibilidad sobrevenida de readmitir, lo que conllevaba que no naciera el deber de indemnizar.

Así mismo, no ha tenido presente la doctrina general sobre el nacimiento del deber de reparar los daños causados (por la no readmisión), lo que ha dado lugar a que no valorara la falta de relación de causalidad entre el proceder del empresario y la imposibilidad de readmitir, sin que objetivamente se pudiera imputar la responsabilidad al patrono de la no readmisión y sí a las circunstancias personales del deudor.



Discrepo del fallo, también, porque, como señaló el voto particular a nuestra sentencia de 13 de mayo de 2003 (Rcud. 813/2002), incurre en el absurdo de dar un mejor trato al trabajador cuyo despido es declarado improcedente que a aquél cuyo despido se considera nulo, cuando, precisamente, la ley trata de tutelar especialmente a quienes son objeto de un despido nulo. Como la opción se da a quien es objeto de un despido nulo (por razones sindicales o de violación de derechos fundamentales), resulta que la errónea interpretación de la teoría de los riesgos en las obligaciones alternativas conlleva que se de mejor trato a los despedidos de forma improcedente que cobran una indemnización que no se da cuando el despido se califica de nulo, lo que no es lógico.

Además, la mayoría se aparta, sin razonar el cambio de criterio, de la doctrina sentada en nuestra sentencia de 28 de abril de 2010 (Rcud. 1113/2009), dictada en Sala General, donde se vino a decir que los contratos se extinguen, mientras se tramita el proceso por despido, cuando se cumple la condición resolutoria de los mismos, incluso en los despidos nulos, lo que comporta que en estos casos la indemnización se limite al pago de los salarios dejados de percibir hasta el día en que se extinguió el contrato. En esta sentencia, para fundar esa decisión se utilizaron los artículos 1.136 y 1.184 del Código Civil, se controvertió sobre la readmisión y se vino a decir (fundamento segundo 2 párrafo final) que las normas de las obligaciones alternativas no generaban la responsabilidad del patrono cuando la imposibilidad sobrevenida no le era imputable, razón por la que se consideró inaplicable el artículo 284 de la L.P.L. .

Por todo ello, se estima que el fallo del que se discrepa no debió reconocer el derecho a la indemnización por despido improcedente, sino, simplemente, el derecho a los salarios de trámite hasta el día en que se extinguió el contrato.

Madrid, 28 de enero de 2013

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. **Luis Fernando de Castro Fernandez** y el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.