



Roj: **STS 2041/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2041**

Id Cendoj: **28079140012013100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2013**

Nº de Recurso: **1291/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 490/2012,**
STS 2041/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Marzo de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Mikel Arrieta Gómez en nombre y representación de DOÑA Sagrario contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 271/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao, en autos núm. 852/2011, seguidos a instancias de DOÑA Sagrario contra FOGASA y SABEKO BANAKETA S.A. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido SABEKO BANAKETA S.A. representado por el Letrado Don Juan Medina Millán.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2011 el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** La actora D^a Sagrario con DNI NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada desde el 20-06-2003 con la categoría profesional de auxiliar de caja y percibiendo un salario mensual de 638,43 euros con inclusión de las pagas extraordinarias con una jornada del 47,1%. **2º.-** La relación que unía a las partes se regía por el Convenio Colectivo de Comercio Alimentación de Bizkaia, publicado en el BOB el 03.11.2008 y posteriores revisiones. **3º.-** La empresa procede a despedir al demandante el 26 de agosto de 2011 mediante la siguiente carta. "Muy Sra. Nuestra: Por la presente le comunicamos, que la empresa ha procedido a imponerle la sanción de despido con efectos del día de hoy 26 de agosto de 2011, de acuerdo con lo establecido en el Art. 54 de vigente Estatuto de los Trabajadores, como consecuencia de una falta muy grave, por la falta injustificada al puesto de trabajo durante los días 05,06,08,09,10,11,12,13,17,18,19,20,22,23,24 y 25 de agosto del año en curso. El pasado 04 de Agosto de 2011 el INSS emitió resolución denegatoria en relación al expediente de incapacidad permanente iniciado en su caso con fecha 27 de julio de 2011. La ausencia del trabajo durante estos días, se ha producido sin autorización alguna de la empresa, ni justificación que la ampare, por lo que nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 54 del vigente Estatuto de los Trabajadores que le hacen tributaria de la presente sanción de despido. Le informo así mismo que tiene a su disposición en las oficinas de la empresa su liquidación, descontando los días que ha faltado a trabajar. De la presente se da conocimiento al comité. Atentamente,". **4º.-** En fecha de 18 de agosto de 2011 la Dirección Provincial de la Seguridad Social notifica a la trabajadora la siguiente resolución. "De acuerdo con los datos existentes en el Instituto Nacional de la Seguridad Social y en la documentación aportada por usted esta Dirección Provincial, en aplicación de la legislación vigente, ha resuelto denegar con



fecha 04.08.2011 la prestación de Incapacidad permanente por las siguientes causas: Por no alcanzar, las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, para ser constitutivas de una incapacidad permanente, según lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29/06/94), en relación con el artículo 136.1 de la misma disposición en la redacción dada por la ley 42/1994, de 30 de diciembre (BOE 31.12.94). Si no estuviera conforme con la resolución adoptada podrá interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional ante esta Dirección Provincial en el plazo de 30 días desde la recepción de esta notificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE del día 11). El Director Provincial." **5º.**- La actora no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores. **6º.**- Con fecha 22.09.2011 se presentó papeleta de demanda de conciliación, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación con fecha 13.10.2011."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMANDO la demanda de despido interpuesta por D^a Sagrario contra SABEKO BANAKETA S.A. debo declarar y declaro improcedente el despido del actor, condenando a la empresa demandada, a su elección, a su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, o a abonarle una indemnización de 7836,83 e, con satisfacción en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (26/08/2011) hasta la notificación de la sentencia al empresario, o hasta que el trabajador hubiese encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia y se acreditase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios mencionados, entendiéndose en caso de no ejercitar la opción que procede la readmisión, y ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al Fogasa conforme a la legislación vigente. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia en la secretaría de este Juzgado en los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia sin esperar a que la misma adquiera firmeza."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por SABEKO BANAKETA S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 28 de febrero de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por SABEKO BANAKETA, SA frente a la Sentencia de 8 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao en autos nº 852/2011 dictada a instancia de D^a Sagrario, revocando la sentencia de instancia y declarando la procedencia del despido de que fue objeto la trabajadora el día 26 de agosto de 2011, sin imposición de las costas."

TERCERO.- Por la representación de DOÑA Sagrario se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 23 de abril de 2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 26 de diciembre de 2003.

CUARTO.- Con fecha 2 de octubre de 2012 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de marzo de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en calificar las faltas de asistencia al trabajo los días posteriores a la notificación de la resolución administrativa por la que se denegó la incapacidad permanente total solicitada. Más concretamente, se cuestiona si la inasistencia al trabajo los cinco días laborales siguientes puede calificarse de injustificada y de causa fundada para un despido disciplinario procedente.

La sentencia recurrida contempla el caso de una trabajadora, auxiliar de caja en un supermercado que encontrándose en situación de incapacidad temporal, recibió el 18 de agosto de 2011, resolución del INSS, dictada el anterior día 4, notificándole que se había resuelto denegarle la prestación por incapacidad permanente porque las lesiones que padecía no disminuían en grado suficiente su capacidad laboral. La trabajadora no se reincorporó al trabajo hasta el día 25 del mismo mes y la empresa no la admitió y la despidió por carta del siguiente día 26 en la que le imputó las faltas de asistencia al trabajo desde el día 5 al 25 de agosto de 2011. La demanda por despido fue estimada por la sentencia de instancia que declaró improcedente el despido, pronunciamiento que fue revocado por la sentencia de suplicación hoy recurrida, al estimar que las faltas de asistencia al trabajo los días 19 a 24 de agosto, inclusive, de 2011 eran constitutivas de una falta



muy grave sancionable con el despido, conforme al Convenio Colectivo, que debía calificarse de procedente, al no haber alegado, ni probado, la trabajadora causas que justificasen su ausencia al trabajo durante cinco días, pues era ella la obligada a probar que, pese al alta médica o a la denegación de la incapacidad, persistía su incapacidad temporal para el trabajo.

Como sentencia de contraste, a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso extraordinario que nos ocupa, conforme al art. 219 de la L.J .S., cita el recurso la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 26 de diciembre de 2003 en el recurso de suplicación 417/2003 . Se contempla en ella el caso de un trabajador que estando en situación de incapacidad temporal desde el 30 de abril de 2001, fue alta con informe propuesta el 29 de abril de 2002 y recibió el 12 de julio siguiente resolución denegándole la declaración de incapacidad permanente (hecho probado cuarto). Como no se reincorporó al trabajo la demandada le comunicó su despido por carta que recibió el día 26 del referido mes. Contra esa decisión, por el trabajador se presentó demanda por despido que le fue desestimada en la instancia, por resolución que fue revocada en suplicación por la sentencia de contraste que entendió que, como no se notificó el alta médica, estaba justificada la inasistencia, porque el trabajador no había actuado culposamente, pues no constaba que hubiese agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal y porque no conocía que dicha denegación implicaba el alta automática y su obligación de reincorporarse a la empresa.

Las sentencias comparadas, como ha informado el Ministerio Fiscal, son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.J .S.), por cuanto en supuestos de hecho y de derecho parecidos han resuelto de forma diferente la misma cuestión: la imputabilidad de las faltas de asistencia al trabajo producidas tras el dictado por el INSS de la resolución declarando la inexistencia de incapacidad permanente. La sentencia recurrida ha estimado que esas faltas de asistencia no estaban justificadas y que era la trabajadora demandante quien debía haber probado que subsistía su incapacidad laboral temporal, pese a la citada resolución. La sentencia de contraste entendió, sin embargo, que las ausencias al trabajo no podían considerarse culposas, al desconocer el trabajador que había agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, al no conocer su alta médica, y no venir obligado a saber que la denegación de la incapacidad permanente suponía su alta médica automática y el deber de reincorporarse a la empresa. La contradicción existe porque una sentencia exige al trabajador la concurrencia de causa justificativa de las ausencias, mientras que la otra excusa las faltas al trabajo en los desconocimientos del trabajador y en que el mismo no estaba obligado a conocer las consecuencias de la resolución que se le notificaba.

Existen diferencias entre los supuestos analizados en cada una de las sentencias comparadas, pero las mismas no son relevantes a efectos de resolver la contradicción existente, determinar cuando se extingue la incapacidad temporal y nace el deber de reincorporarse al trabajo, así como quien debe probar la concurrencia de causas que justifiquen la demora en la reincorporación y si entre esas causas justificativas de la demora está la ignorancia de las normas que regulan la situación e imponen el deber de volver al trabajo. Si ese es el debate carece de interés el que las normas reguladoras de la extinción de la incapacidad temporal no fuesen exactamente las mismas en el año 2002, fecha contemplada por la sentencia de contraste, que en el año 2011, fecha del despido en el caso de la sentencia recurrida, pues el párrafo primero del artículo 131-bis-1 de la Ley General de la Seguridad Social tenía la misma redacción y la sentencia de contraste no pone en duda la extinción de la situación de incapacidad temporal, sino que justifica las ausencias al trabajo en la ignorancia y los desconocimientos del actor, excusas que no acepta la recurrida. El hecho de que en el caso de la sentencia de contraste conste que el trabajador fue alta con informe propuesta tampoco desvirtúa la igualdad sustancial de los supuestos comparados, sino, solamente, el error de la sentencia al utilizar el argumento del desconocimiento de ese dato por el trabajador. Pero, pese a todo el debate seguiría siendo el mismo, la justificación del retraso en la reincorporación, cuestión para la que existiría, al menos, contradicción "a fortiori", pues conociéndose la existencia de alta médica se habría justificado las faltas al trabajo por el desconocimiento de la normativa legal y reglamentaria, lo que en un caso menos grave forzaría a seguir la doctrina de la sentencia de contraste.

Procede, por lo razonado, entrar a conocer de la cuestión de fondo planteada y a unificar las doctrinas contrapuestas que se han reseñado.

SEGUNDO.- En el apartado dedicado al examen de las infracciones legales cometidas por la sentencia recurrida, denuncia el recurso, exclusivamente, la infracción del artículo 54-2-a) del Estatuto de los Trabajadores y la inaplicación del artículo 56 del citado texto legal . El recurso cuestiona, solamente, la calificación del despido como procedente, al entender que debió ser declarado improcedente por estar justificadas las ausencias al trabajo. Queda ceñido el recurso a analizar si las ausencias, estaban justificadas por la ignorancia por la actora de su deber de reincorporarse al trabajo, así como si el desconocimiento de su deber y de la normativa aplicable era causa que atemperaba la culpa y la gravedad de la falta, obligando a



atemperar la sanción que por mor de la teoría gradualista debía ser proporcional a la gravedad de la infracción y de las circunstancias concurrentes. Al margen quedan pues, como se anticipó antes, los problemas relativos a la extinción de la incapacidad temporal que no se han planteado, lo que equivale a aceptar las conclusiones al respecto de la sentencia recurrida.

Ante todo, conviene precisar que las alegaciones relativas a la teoría gradualista, a la necesidad de que la sanción sea proporcional a la importancia de la falta cometida, son rechazables porque la sentencia de contraste no fundó su pronunciamiento en esa doctrina, sino en la ausencia de culpa, en la falta de intención del autor por su ignorancia de la normativa aplicable, desconocimiento con base al que lo exculpó diciendo que no venía obligado a conocer su deber de reingresar por haber sido alta médica. El debate, pues se centra en determinar si esa excusa absolutoria es válida, por cuanto, al no haberse aplicado la doctrina gradualista que supondría la imposición de menor sanción, no cabe apreciar contradicción de las sentencias comparadas sobre ese particular, lo que impide conocer de esa cuestión. Además, debe tenerse presente que la Sala tiene declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del ET no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (sentencias de 15 y 29 de enero de 1997 , R. 952/1996 y 3461/1995 , 6 de Julio de 2004, R. 5346/2003 , 24 de mayo de 2005, R. 1728/04 , 8 de junio de 2006, R. 5165/2004 y 18 de diciembre de 2007, R. 4301/2006).

Para resolver el fondo de la cuestión suscitada, conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la extinción de la incapacidad temporal y el nacimiento del deber de reincorporarse al trabajo, cuando se dicta resolución administrativa declarando que el trabajador no se encuentra afecto de incapacidad laboral permanente. En tal sentido, debe señalarse que ya en nuestras sentencias de 13 de mayo de 1987 , 7 de junio de 1988 y 20 de octubre de 1988 , se sostuvo la doctrina consistente en entender que en los casos de incapacidad temporal el contrato se encuentra en suspenso hasta que recae resolución administrativa declarando la inexistencia de incapacidad permanente, incluso si se reconoce una incapacidad permanente parcial, momento en el que nace el deber del trabajador de reincorporarse al trabajo. Esta doctrina fue reiterada, ya en unificación de doctrina, por nuestras sentencias de 22 de octubre de 1991 (Rcud. 1075/90) , 2 de enero de 1992 (Rcud. 595/91) y 7 de octubre de 2004 (Rcud. 4173/03). En la sentencia de 22 de octubre de 1991 esta solución se justifica con los siguientes argumentos que hacemos nuestros: "como establecen, de una parte y con carácter general, los artículos 45.1 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy artículos 56 y 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) y, de otra y en el ámbito del procedimiento de declaración de invalidez permanente, el artículo 9.2 del Real Decreto 2609/1982 de 24 de septiembre , los actos administrativos tienen una presunción de validez que hacen su cumplimiento necesario y directamente ejecutivo, por lo que, como ha destacado la doctrina científica, la declaración contenida en el acto que define una situación jurídica crea inmediatamente esa situación sin perjuicio de lo que pueda resultar de su revisión. Esta eficacia inmediata del acto es una cualidad distinta de su firmeza y no se funda en ella. Su ámbito de aplicación es el de las prestaciones de seguridad social. Tiene, sin embargo, una proyección indirecta o refleja en el contrato de trabajo, porque el artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , al enunciar el supuesto suspensivo que contempla, se remite a dos situaciones protegidas por la seguridad social y dentro de ésta ha de atribuirse el mismo alcance al acto que declara la iniciación de la situación protegida que al que establece su terminación por la concurrencia de una causa legal. El problema en materia laboral consiste en determinar si existe o no una situación de incapacidad temporal que impida la prestación de trabajo. Lo que ocurre es que el acto administrativo de la gestora, al extinguir la situación de incapacidad laboral transitoria, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había otorgado inicialmente esa justificación. El empresario puede, por tanto, deducir las consecuencias extintivas - disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento- que derivan de esa falta de justificación y el trabajador, que ha de prevenir la eventual apreciación de un desistimiento -cuya concurrencia o no habrá de valorarse en cada caso- manifestando su voluntad de mantener la relación, debe también, si quiere conservar la suspensión, destruir los efectos reflejos de la resolución administrativa acreditando que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo. Lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme y ello porque, aparte de lo dicho, frente a la desaparición de la justificación de la incomparecencia no basta la impugnación de una resolución administrativa en una relación externa a la laboral, sino que el trabajador ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa. Lo dispuesto en la Orden



de 20 de mayo de 1.952 no modifica esta conclusión, pues, sin necesidad de otras consideraciones, es claro que no estamos ante el supuesto que contempla esa Orden caracterizado por la existencia de un cese con reconocimiento de la condición de pensionista y de una posterior declaración de aptitud para el trabajo."

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos, obliga a desestimar el recurso por ser más correcta la doctrina contenida en la sentencia recurrida, ya que la recurrente no ha probado, como se le decía en ella, que pese al alta médica o a la resolución declarando que no estaba afecta de incapacidad permanente continuaba en situación de incapacidad temporal por estar impedida para reanudar el trabajo. Tampoco ha probado que durante la tramitación del expediente de incapacidad permanente siguiese recibiendo asistencia médica y los partes de confirmación de baja, documentación que habría tenido en su poder, caso de no habersele dado el alta médica. Así las cosas, no se da ninguno de los supuestos especiales que, conforme a la doctrina reseñada, justifican la inaplicación de la misma y procede, por tanto, la desestimación del recurso, porque la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6-1 del Código Civil), norma aplicable a la supuesta ignorancia sobre el nacimiento del deber de reincorporarse al trabajo tras cesar la suspensión del contrato, conforme a los artículos 45-1 y 48-1 del Estatuto de los Trabajadores . Conviene añadir que la trabajadora conocía que ya el 2 de agosto de 2010 por llevar doce meses de baja había sido alta médica por el INSS (folio 64 de los autos), quien debió cursar la nueva baja el 24 de enero de 2011, al producirse antes de los seis meses, lo que suponía la acumulación de los periodos de baja sucesivos a la extinción de la incapacidad temporal con la declaración de inexistencia de incapacidad permanente, conforme al art. 131-bis de la L.G.S.S ..

Por todo lo razonado, procede desestimar el recurso. Sin especial pronunciamientos en costas.

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 unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Mikel Arrieta Gómez en nombre y representación de DOÑA Sagrario contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 271/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao , en autos núm. 852/2011, seguidos a instancias de DOÑA Sagrario contra FOGASA y SABEKO BANAKETA S.A.. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional 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.

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