

Roj: **STS 1030/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1030**Id Cendoj: **28079140012016100097**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/02/2016**Nº de Recurso: **2271/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 4920/2014,**
STS 1030/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Enrique Clements Sánchez-Barranco, en nombre y representación de D^a Zaira , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de fecha 14 de mayo de 2014, recaída en el recurso de suplicación nº 581/14 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Granada, dictada el 17 de enero de 2014 , en los autos de juicio nº 999/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a Zaira , contra PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA, S.A. (PILSA, GRUPO ALENTIS), sobre DESPIDO.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de enero de 2014, el Juzgado de lo Social nº 2 de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D^{ña}. Zaira CONTRA PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA, S.A., debo absolver a la misma de todos los pronunciamientos deducidos en su contra".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **PRIMERO** .- D^{ña}. Zaira , DNI NUM000 , viene prestando servicios para la demandada PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA S.A., con carácter indefinido, a tiempo, parcial (35 horas semanales) con antigüedad reconoció del día 26/09/1987, categoría profesional limpiadora y con salario día que asciende a 38,95 euros/día. **SEGUNDO** .- En fecha 15/02/2012 inicia un proceso de IT, diagnóstico: contusión dedo pie, siendo dada de alta por Inspección medica en fecha 26/12/2012. Como consecuencia de expediente de incapacidad permanente en fecha 26/12/2012 se dicta resolución del INSS por la que se deniega la prestación. En fecha 27/1/2012 inicia nueva IT, diagnóstico: espondilolistesis adquirida. Por el INSS se acuerda con reconocer la prórroga por un plazo máximo de ciento ochenta días del proceso de IT, al haber agotado, con fecha 13/03/2013, la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días del mismo. **TERCERO:** La TGSS procede a reconocer la baja en el Régimen General de D^{ña}. Zaira , como trabajadora de la empresa Proyectos Integrales de Limpieza S.A. con fecha 09/09/2013. **CUARTO** .- D^a Zaira promovió conciliación en fecha 03/10/2013 que se celebró ante el CEMAC con el resultado de "intentado sin efecto" el día 15/10/2013, interponiendo posteriormente demanda que fue cursada a este juzgado. **QUINTO** .- La trabajadora no ostenta la condición de delegado de personal, delegado sindical o miembro del comité de empresa, ni la ha ostentado en el último año."



TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D^a Zaira formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, dictó sentencia en fecha 14 de mayo de 2014, recurso 581/14, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Zaira contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de GRANADA en fecha 17 de enero de 2014, en Autos 999/13 seguidos a instancia de aquella en reclamación sobre DESPIDO contra PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA S.A., debemos revocar y revocamos la citada resolución, y, con estimación de la demanda, en su pretensión de improcedencia de la decisión extintiva atacada, declaramos como despido improcedente el cese de la actora en su puesto de trabajo en fecha 9/9/2013, condenando a la empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido una vez se produzca el transcurso del plazo de revisión para verificar agravación o mejoría de su situación de IP total después declarada, ex art 48, 2º del ET, o si opta por la extinción, le abone como indemnización 41.043,56 € entendiéndose que en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

En caso de que se opte por la readmisión, la actora en este caso no tiene derecho a salarios de tramitación por ser incompatibles con el percibo de subsidio de IT y posterior pensión de IP en grado de total.

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, el letrado D. Enrique Clements Sánchez- Barranco, en nombre y representación de D^a Zaira, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 28 de enero de 2013, recurso 149/2012.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiendo impugnado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 23 de febrero de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El Juzgado de lo Social número 2 de los de Granada dictó sentencia el 17 de enero de 2014, autos número 999/2013, desestimando la demanda formulada por DOÑA Zaira contra PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA SA sobre DESPIDO, absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia, teniendo en cuenta la revisión de hechos efectuada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en virtud del recurso de suplicación formulado por la parte, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, la actora viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 26/09/1987, con contrato indefinido, a tiempo parcial, con la categoría profesional de limpiadora. El 15/02/2012 inicia un proceso de IT, siendo dada de alta por la Inspección médica el 26/12/2012. El 27/01/2012 inicia nuevo proceso de IT, acordando el INSS reconocer la prórroga de la IT por un plazo máximo de 180 días, al haber agotado, con fecha 13/03/2013, la duración máxima de 365 días. La empresa le dio de baja en la TGSS el 09/09/2013. Fue declarada en situación de IPT por resolución del INSS de 20/01/2014, constando en la misma como plazo, a partir del cual puede procederse a la revisión por agravación o mejoría el 01/12/2015.

2.- Recurrida en suplicación por DOÑA Zaira, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia el 14 de mayo de 2014, recurso 581/2014, estimando el recurso formulado, declarando como despido improcedente el cese de la actora el 09/09/2013, condenando a la empresa a que, en plazo de cinco días, a contar desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, una vez se produzca el plazo de revisión para verificar agravación o mejoría en su situación de IP Total después declarada ex artículo 48.2 ET o, si opta por la extinción, le abone como indemnización 41.043,56 €, entendiéndose que, caso de no efectuar la opción, opta por la primera.

La sentencia entendió que la conducta empresarial entraña un auténtico despido ya que el 09/09/2013 le da de baja ante la TGSS en la empresa y le liquida las diferencias salariales cuando lo que procedía era, tras el agotamiento del plazo, o bien permitirle la reincorporación a su puesto de trabajo, si su estado físico



lo permitía, o mantenerle en suspenso el contrato, de no existir capacidad física para su desempeño, con exoneración del deber de cotización, ex artículo 106 de la LGSS , en relación a la DA 5ª del RD 1300/1995 , o proceder a un despido disciplinario por ausencias injustificadas. En consecuencia, el despido ha de ser declarado improcedente, con opción a la empresa entre readmisión o indemnización, sin que proceda acordar la extinción indemnizada del contrato ya que, al preverse plazo de revisión para verificar agravación o mejoría en su estado de IP Total, el INSS considera que cabe que recupere capacidad para volver a desempeñar su profesión, con lo que estamos en un supuesto especial de suspensión del contrato por dos años, previsto en el artículo 48.2 ET .

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de DOÑA Zaira recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 28 de enero de 2013, recurso número 149/2012 .

La parte recurrida PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA SA no ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 28 de enero de 2013, recurso número 149/2012 , estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la representación de Doña Lidia , revocando en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 26 de octubre de 2011, recurso de suplicación 1821/2011 que, a su vez, había revocado la resolución desestimatoria de la demanda que el 4 de diciembre de 2009 pronunciara el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid, en autos 1473/2009, y , resolviendo el debate planteado en suplicación, estimó el de tal clase formulado por la actora, ahora recurrente, excluyendo el derecho del empresario a optar por la readmisión, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia.

Consta en dicha sentencia que la actora prestaba servicios para la demandada, con la categoría profesional de gerocultora, desde el 07/01/1998. El 16/03/2008 inició proceso de IT hasta el mes de marzo de 2009, inclusive. Por resolución del INSS de 17/04/2009 se le prorrogó la prestación de IT, por un periodo máximo de seis meses. El 28/09/2009 el INSS inició expediente de IP, prorrogándose durante dicho periodo los efectos económicos de la prestación de IT. La empresa cursó la baja de la trabajadora en la Seguridad Social, por causa de "agotamiento de IT", con efectos de 15/09/2009, notificándole el finiquito por baja en la empresa, abonándole las partes proporcionales de diciembre y vacaciones. Por resolución del INSS de 06/10/2009, la actora fue declarada en IPT, con efectos de 19/10/2009, estableciéndose como fecha de revisión, por agravación o mejoría, el 01/10/2011.

La sentencia entendió que hay que distinguir entre la declaración "ordinaria" de IP, para la que el artículo 143.2 de la LGSS dispone que "se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional", respecto al que el artículo 49.1 e) ET , establece que es causa de extinción del contrato, y la declaración "especial" de IP, que contemplan los artículos 7 RD 1300/1995 y 48 ET , que 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, se haga constar en la resolución inicial de reconocimiento, 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 resolución y debe ser objeto de notificación al empresario. La situación que prevé el artículo 48.2 ET es la contraria, en cierto sentido, a la del artículo 143.2 LGSS ya que, en el primer supuesto, la revisión se ha de efectuar necesariamente en los dos años siguientes a la resolución que reconoce la IP, en tanto en el segundo supuesto, la revisión no se puede efectuar en el tiempo inmediato posterior a la resolución del INSS, sino después de que se haya cumplido el plazo señalado en tal resolución.

Continúa razonando que cuando desaparece un término de la obligación alternativa, establecida en el artículo 56 ET , por no ser posible la readmisión del trabajador, debe aplicarse el artículo 1134 del Código Civil , manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadoras a las que la empresa ha procedido a dar de baja en la Seguridad Social, por agotamiento del periodo máximo de IT, y al abono de las cantidades pendientes de cobro, habiendo entendido ambas sentencias que se trataba de un despido improcedente. Con posterioridad a la baja en la Seguridad Social las trabajadoras son declaradas en situación de IPT por resolución del INSS, constando en la misma un plazo, a partir del cual puede procederse a la revisión por agravación o mejoría



Ante esta situación la sentencia recurrida mantiene que procede reconocer al empresario el derecho de opción entre readmisión o indemnización, sin que proceda que la sentencia declare la extinción indemnizada ya que, al preverse plazo de revisión para verificar agravación o mejoría en su estado de IPT, el INSS considera que cabe que recupere capacidad para volver a desempeñar su profesión, con lo que estamos en un supuesto especial de suspensión del contrato por dos años, previsto en el artículo 48.2 ET . La sentencia de contraste entiende que procede únicamente la extinción del contrato, con la correspondiente indemnización, sin que proceda reconocer al empresario la posibilidad de optar entre indemnización o readmisión.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción de los artículos 48.2 del ET, por aplicación indebida y del 56.1 del mismo cuerpo legal , en relación con lo establecido en los artículos 49.1 e) del ET y 1134 del Código Civil .

2.- La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2013, recurso número 149/2012 , adoptada en Pleno, citada como sentencia de contraste, en la que consta lo siguiente: " **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 tuición 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. " Continúa razonando: "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» " .

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, por razones de seguridad jurídica y por no concurrir datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, procede estimar el recurso formulado y revocar la sentencia impugnada en el extremo relativo a que se concede al empresario la opción entre indemnización o readmisión, resolviendo que no se le reconoce el derecho de opción y que únicamente procede la extinción del contrato con el abono de la indemnización correspondiente.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de DOÑA Zaira frente a la sentencia dictada el 14 de mayo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en el recurso de suplicación número 581/2014 , interpuesto por la hoy recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Granada el 17 de enero de 2014 , en los autos número 999/2013, seguidos a instancia de DOÑA Zaira contra PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA SA sobre DESPIDO. Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por DOÑA Zaira . y excluimos el derecho del empresario a optar por la readmisión, manteniendo el resto de la sentencia recurrida tal y como se consignó . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano 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. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.