

45152

RECURSO Nº: Suplicación 1876/2017
NIG PV 01.02.4-17/000938
NIG CGPJ 01059.34.4-2017/0000938

SENTENCIA Nº: 2125/2017

6. 11. 2017

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. don MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, don JUAN CARLOS ITURRI GARATE y don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por doña
) contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Vitoria-Gasteiz,
de fecha 10 de junio de 2017, dictada en los autos 222/2017, en proceso sobre DESPIDO
y entablado por doña frente a

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS ITURRI GARATE,
quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- Dña. [REDACTED] vino prestando servicios desde el 23.05.2005 para la empresa [REDACTED] con la categoría profesional de auxiliar domiciliaria, y con un sueldo bruto mensual incluido el prorrateo de pagas extraordinarias de 867,07 euros.

SEGUNDO.- La actora le ha sido reconocida una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual.

En el dictamen propuesta se preveía que la calificación de IPT podrá ser revisada por agravación o mejoría a partir del 18.02.2018. Pero en la resolución notificada del INSS se establece que por resolución de fecha 20.01.2017 se reconoce a la actora una IPT con efectos económicos 19.01.2017. Fecha a partir de la cual se puede instar la revisión por agravación o mejoría: 18.12.2018. No se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría, que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años. (artículo 48.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. BOE 24.10.2015).

Expediente administrativo de la IPT de la actora que consta en autos a partir del folio 36 y que esta formado por 14 folios. Que se da por reproducido a los efectos de hechos probados.

Resolución del INSS de reconocimiento de incapacidad permanente total de la actora donde consta que no es previsible revisión por mejoría antes de dos años. Folio 44 de autos y que se da por reproducido a los efectos de hechos probados.

TERCERO.- La empresa demandada dio de baja a la actora en la Seguridad Social el 18.01.2017.

CUARTO.- Intentado acto de conciliación, el 24.03.2017, el mismo finalizó sin efecto.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "*Se DESESTIMA la demanda presentada por Dña. [REDACTED] frente a [REDACTED] a la que se le absuelve de los pedimentos hechos en su contra.*"

TERCERO.- Doña [REDACTED] formalizó en tiempo y forma recurso de

suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por .
también en tiempo y forma.

CUARTO.- En fecha 25 de septiembre de 2017 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 2 de octubre, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 24 de octubre de 2017.

Lo que se ha llevado a cabo, dictándose sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña [Nombre], [Apellido] formula recurso de suplicación contra la sentencia que ha desestimado la demanda dirigida contra A [Nombre], considerando que, la conducta de esta última de dar por terminada su relación laboral sin comunicación escrita y por la vía de darle de baja como trabajadora suya en la Seguridad Social, constituía un despido improcedente, solicitando la condena de la demandada a las consecuencias legales derivadas de tal calificación.

El Magistrado autor de la sentencia considera que, siendo la situación de incapacidad permanente total que el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoció a la señora Mora Tello una distinta de aquéllas a las que refiere el párrafo final del artículo 48, número 2 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) no estamos en presencia de un supuesto de suspensión de contrato de trabajo por un máximo de dos años, sino en presencia de una causa extintiva del mismo (artículo 49, número 1, letra e de tal Estatuto) y desestima la demanda.

Interesa destacar que en juicio la recurrente también pretendía que, si se consideraba legal la forma de terminar el contrato de trabajo mediante entre partes, se le indemnizase a proporción de veinte días de salario por año de actividad, con prorrateo por meses de los periodos inferiores, considerando que debía ser aplicada por analogía la doctrina denominada De Diego Porras, surgida al calor de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de fecha 14 de septiembre de 2016 (asunto C- 596/14) lo que tal Juez desestimó, considerando que ello suponía una alteración sustancial de la demanda y entrar en ella supondría generar indefensión a la demandada y porque, además, nada tenía que ver con lo discutido.

La recurrente considera que el cese empresarial sí que constituye un despido improcedente y que, en su defecto, debe acordarse el abono de la indemnización aludida, tal y como pidió en juicio.

A lo primero dedica los dos primeros motivos de impugnación de su escrito de formalización del recurso y a lo segundo, el tercer y último motivo de impugnación. En los tres casos, se plantean los motivos por la vía prevista en el artículo 193, apartado c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).

Aztertzen, Servicios Asistenciales, S.L., presenta un escrito de impugnación del recurso en el que se opone a ambas peticiones. Entiende que la resolución administrativa que fijó la situación de incapacidad permanente total era directamente ejecutiva y por ello, podía extinguir el contrato de trabajo y reitera los argumentos judiciales para desestimar la petición de indemnización.

Estudiamos conjuntamente los dos primeros motivos de impugnación y dedicamos otro fundamento al tercero.

SEGUNDO. Si en el primer motivo de impugnación se aduce la infracción de aquel artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores en relación con su artículo 52, letra a y también se cita el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en el segundo se aduce la infracción de la jurisprudencia, citándose al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1991.

Entendemos que, aunque sólo se cite una sentencia del Tribunal Supremo, no por ello no podemos hablar de jurisprudencia en los términos del artículo 1, punto 6 del Código Civil, pues en realidad esta sentencia de 22 de octubre de 1991 (recurso 1075/1990) y por lo que hace al caso, cita otras sentencias de la propia Sala, como son las de 27 de junio de 1983, 24 de enero de 1984, 24 de enero de 1985 o 13 de junio de 1988 que ya explicaban que las simples resoluciones administrativas fijando la situación de incapacidad permanente total no producen por sí la extinción del contrato, cuando menos hasta que alcancen firmeza.

La doctrina de la ejecutividad de las resoluciones en materia de extinción de las situaciones de incapacidad temporal o de las que fijan grado de incapacidad permanente no tiene similar reflejo en la suspensión del contrato de trabajo que en la extinción del contrato de trabajo (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994, recurso 3082/1993 y ello también se infiere de leer la sentencia de 19 de octubre de 1993, recurso 2265/1992).

Aquellas resoluciones si que directamente generan la extinción de situación de la suspensión del contrato de trabajo (artículo 45, punto 1 letra c del Estatuto de los Trabajadores) y también inciden en la extinción (artículo 49, número 1, letra 3 del Mismo), pero no de la misma forma.

Si en el primer caso, se debiera esperar a la firmeza de la resolución administrativa, ni el trabajador cobraría salarios, al no estar extinguida la situación de suspensión, ni cobraría prestación, dada la eficacia extintiva de la situación de incapacidad temporal que tiene el alta médica (artículo 174, número 1 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción actualmente vigente, producto del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), mientras

que, en el segundo caso, si operase directamente la extinción desde la resolución, que todavía no es firme, se podrían producir efectos irreparables, caso de revocación en vía administrativa o judicial, si se reduce el grado o directamente no se reconoce alguno de los del artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social, siendo que el trabajador, por ende, ya habría visto extinguido su contrato de seguirse similar tesis, tal y como explica la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 9 de enero de 2003 (recurso 607/2002) interpretando la normativa entonces vigente, siendo que su contenido es similar en este punto en la actual.

Por otra parte, aparte de la eficacia diferida que produce la denegación de grado de incapacidad en la extinción del contrato de trabajo, según se ha pretendido explicar, además es necesario que se comunique a la persona trabajadora que se le despide, al concurrir causa legal para ello.

En efecto, no es sólo que, para que opere la causa extintiva del contrato de trabajo por incapacidad permanente total del trabajador, es necesario que sea firme la resolución administrativa o judicial que la fija, sino que, si bien ello es necesario, no es por sí solo insuficiente para generar la extinción, pues junto con ello y además, es requisito necesario que el empresario acuerde tal extinción por concurrir causa legal y comunique tal decisión al trabajador o trabajadora, pues, aún y fijada tal ineptitud para la profesión habitual por la Seguridad Social pública, puede existir obligación empresarial de recolocación de la persona en tal caso, obligación impuesta por el convenio colectivo aplicable o incluso por el propio contrato de trabajo, incluso puede haber un acuerdo sobrevenido de recolocación realizando funciones compatibles con el nuevo estado, tal y como enseña la jurisprudencia. Por todas, sentencia de 12 de julio de 1988 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Aranzadi 1988/5808).

Es decir que la causa no opera por sí sola, sino que es presupuesto necesario e imprescindible para que el empresario manifieste su voluntad de extinguir el contrato por tal causa. Por tanto la simple declaración es presupuesto necesario por sí solo insuficiente al efecto. Así lo explica también la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 19 de junio de 2008 (recurso 2572/20008).

En consecuencia, como quiera que no consta que en el caso la empresa comunicase a la demandante su decisión de extinguir aquel contrato por habersele reconocida situación de incapacidad permanente total, sino que simplemente procedió directamente a dar de baja a la misma en la Seguridad Social, como indica el relato de hechos probados de la sentencia, debemos considerar que estamos en presencia de un despido improcedente, al no sujetarse la decisión empresarial a las formas previstas en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, lo que ya se alegaba en el tercer hecho de la demanda y el Juzgado asume en cuanto que sólo hace ver aquella baja en la Seguridad Social, sin que sea suficiente con que la demandante si que conociese aquella resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, pues cabían opciones distintas a la de terminación del contrato, siendo que, de pretenderse extinguir el contrato por pasar a tal situación, así debió comunicarse expresamente, lo que no acaeció sino es hasta tiempo después, y según la demandante de forma verbal, sin que conste en los hechos probados comunicación escrita alguna en tal sentido.

Ello lleva a fijar los efectos de la declaración de improcedencia, fijados en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, determinando los salarios de tramitación y la indemnización correspondientes partiendo de la antigüedad y salarios fijados en los hechos probados y que no se discuten en el recurso.

TERCERO. En razón de haberse estimado los dos primeros motivos de impugnación del recurso, no procedía entrar en el tercero. En todo caso y a los efectos de eventual éxito de recurso contra esta sentencia, esta Sala entiende que no se debiera haber estimado la petición subsidiaria en todo caso y ello por las dos razones que indica el Magistrado autor de la sentencia.

De hecho, indicando el mismo que, con la forma de actuar de la demandante en cuanto a la petición indicada se infringía el artículo 85, número 1 último inciso de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, nada se dice de ello en el recurso y por ello, esta Sala debiera partir de ese pronunciamiento judicial, inatacado en vía de recurso. Además, poco tiene que ver los contenidos de aquella doctrina con la extinción vía 49, punto 1, letra e del Estatuto de los Trabajadores de un contrato indefinido con aquella doctrina, dictada con respecto a contratados temporales y no fijos, que ven extinguido válidamente su contrato al concurrir causa extintiva de la razón temporal de su contratación y no por concurrir causa legal de extinción de los contratos de trabajo en general.

CUARTO.- Dada la estimación del recurso, no procede imponer condena en materia de costas de este recurso, pues a pesar de que el recurrente obtiene sentencia a su favor, no cabe obviar que la demandada obtuvo sentencia a su favor ante el Juzgado y ello fue considerado óbice para la imposición de tales costas del recurso cuando la Sala Cuarta del Tribunal Supremo interpretó el artículo 233, número 1 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril). En tal sentido, sentencias de fecha 21 de enero de 2002 y 17 de julio de 1996 (recursos 176/2001 y 98/1996).

Como quiera que el actual artículo 235, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, que es el que actualmente regula tal cuestión, es trasunto de aquel precepto, ha de seguirse aquel criterio.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **estimamos** el recurso de suplicación formulado en nombre de doña [redacted] contra la sentencia de fecha diez de junio de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Vitoria-Gasteiz en los autos 222/2017, en los que también es parte.

En su consecuencia, **revocamos** la misma y con estimación de la demanda, declaramos que la terminación del contrato de trabajo comunicado por la empresa a la demandante el día 1 de marzo de 2017 constituye despido improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que opte de forma positiva en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia a la demandada, entre readmitirle en la empresa o en indemnizarle en 13.439,69 euros, debiendo considerarse que, si no presenta escrito ante esta Sala en tal plazo y a estos efectos, opta por la readmisión, debiendo abonarle, así mismo, los salarios de tramitación a razón de 28,50 euros brutos diarios desde tal fecha y hasta esa notificación, si la opción es la de readmisión.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1876/17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1876/17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.