



Roj: **STS 4125/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4125**

Id Cendoj: **28079140012022100810**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2022**

Nº de Recurso: **4708/2019**

Nº de Resolución: **901/2022**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4708/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 901/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 11 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. David de Llano Fernández, en nombre y representación de D. Argimiro, contra la sentencia dictada el 15 de julio de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1400/2019, que resolvió el formulado contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia, de fecha 4 de marzo de 2019, que confirma en reposición el anterior auto de 15 de enero de 2019, recaído en autos núm. 754/2017, seguidos a su instancia contra Ambulevante, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre ejecución de sentencia firme de **despido** y reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida Ambulevante, S.L., representada y defendida por el letrado D. Julián García Payá.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de enero de 2019 el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia dictó auto en el que se dispuso: "No haber lugar a la extinción indemnizada de la relación laboral interesada por la parte actora".

Contra la anterior resolución se presentó recurso de reposición por la parte ejecutante, que fue resuelto por auto de fecha 4 de marzo de 2019, en cuya parte dispositiva se dispuso: "Desestimar el recurso de reposición formulado por la parte actora frente al auto de fecha 15 de enero de 2019, que se confirma en todos sus extremos".



SEGUNDO.- En el auto de fecha 4 de marzo de 2019 constan los siguientes antecedentes de hecho:

" **1º.-** En este Juzgado se sigue el procedimiento arriba referenciado, sobre **DESPIDO**-CANTIDAD a instancia de Argimiro frente a AMBULEVANTE SL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

2º.- En fecha 15-03-2018 por este Juzgado se dictó sentencia, desestimando la demanda de **despido** formulada por el trabajador, haciendo constar en su Hecho Probado 7º que "la empresa en el acto del -juicio anticipó su opción por la readmisión del trabajador".

3º.- Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la parte actora, y en fecha 13-09-2018 se dictó sentencia por el TSJ de la CV, que estima parcialmente el recurso formulado, declara **improcedente** el **despido** de fecha 14-07-2017, cuantifica la indemnización en 24.322,25 euros, y teniendo por ejercitada la opción por la readmisión sin derecho a salarios de tramitación mientras el trabajador percibiera el subsidio de incapacidad temporal y el periodo de prolongación de sus efectos económicos, así como los dos primeros años en su caso de percepción de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual.

4º.- Mediante escrito de fecha 18-10-2018 la parte actora según el art. 286 de la LRJS, solicitó la declaración de extinción de la relación laboral con abono de la indemnización fijada en el Fallo de la sentencia del TSJ, al considerar que existe imposibilidad de readmitir, por lo que la misma deviene irregular, solicitando la convocatoria de incidente.

5º.- En fecha 22-11-2018, se dictó auto despachando orden general de ejecución frente a la mercantil demandada, siendo convocadas las partes a comparecencia incidental según el art. 280 de la LRJS el 10-01-2019.

6º.- Tras celebrarse dicha comparecencia, en fecha 15-01-2019 por este Juzgado se dictó auto con el contenido obrante en las actuaciones que dispone no haber lugar a la extinción indemnizada de la relación laboral.

7º.- Contra dicha resolución por la representación de la parte actora se interpuso recurso de reposición; admitido a trámite, según lo establecido en el art. 187 de la LRJS y conferidos los traslados legales fue impugnado de contrario, con expresa solicitado, tras lo cual quedaron las actuaciones pendientes de su resolución".

TERCERO.- El citado auto fue recurrido en suplicación por la parte actora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 15 de julio de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de don Argimiro, contra auto dictado por el Juzgado de lo Social nº CUATRO de los de VALENCIA, de fecha 4 de marzo del 2019; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas".

En fecha 20 de septiembre de 2019 se dictó auto desestimatorio de la solicitud de aclaración formulada por la parte actora.

CUARTO.- Por la parte demandante se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el 13 de marzo de 2018 -rcud. 1543/2016-. Se alega la vulneración del art. 1.134 CC, en relación con el art. 56 ET, y el art. 278 LRJS.

QUINTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Tras ser impugnado por la parte demandada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de entender que el recurso debe ser declarado procedente.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si en un supuesto de **despido improcedente** debe declararse extinguida la relación laboral con derecho a la indemnización, cuando el empresario anticipó previamente su opción por la readmisión y el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total.

La sentencia recurrida es la dictada por la Sala Social del TSJ de Valencia de 15 de julio de 2019, rec. 1400/2019, que confirma la resolución de instancia que desestima la pretensión del trabajador y entiende que no puede declararse la extinción indemnizada de la relación laboral, porque ya se encuentra extinguida por causa no imputable al empresario tras la calificación de incapacidad permanente total, lo que hace imposible



la readmisión por la que había optado anteriormente la empresa, sin que ello permita exigir el cumplimiento de la obligación alternativa de indemnizar.

2.- El recurso del trabajador invoca de contraste la STS 13 de marzo de 2018, rcud. 1543/2016; denuncia infracción del art. 56.1 ET y 278 LRJS; y sostiene que la declaración de incapacidad permanente total hace desaparecer uno de los elementos de la obligación legal alternativa en los casos de **despido improcedente**, lo que hace imposible el cumplimiento de la obligación de readmitir por lo que había optado la empresa e impone la extinción indemnizada de la relación laboral.

3.- El Ministerio Fiscal informa en favor de la estimación del recurso, en aplicación de la doctrina de esta Sala que refleja la propia sentencia de contraste.

El escrito de impugnación de la empresa pretende acogerse al art. 211.1 LRJS para instar la revisión de los hechos probados de la resolución recurrida, olvidando que ese precepto se refiere específicamente al recurso de casación ordinaria -en lo que es trasunto de lo previsto en el art. 197.1 para el de suplicación-, sin que sea posible su aplicación en el ámbito de la casación unificadora, pues como recuerda la STS 26/7/2022, rcud.1675/2021, por citar alguna de las más recientes "La Sala ha señalado con reiteración que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta, como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial."

De cualquier manera, lo pretendido por la empresa en su impugnación es que se tenga en cuenta el contenido literal de distintas resoluciones judiciales recaídas en el proceso, por lo que su expresa invocación como argumento jurídico para oponerse al recurso del trabajador es suficiente para que la Sala pueda valorar todas esas circunstancias jurídicas, en la medida en que pudiere resultar verdaderamente relevante para su resolución.

SEGUNDO. 1.- Debemos resolver si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2.- En el caso de la recurrida se trata de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 25 de noviembre de 2015, y que tras diversas vicisitudes es dado de baja por la empresa en seguridad social el 11 de julio de 2017.

Contra esta actuación interpone la demanda de **despido**.

La resolución del INSS de 21 de noviembre de 2017, le declara en incapacidad permanente total y fija como fecha de revisión por agravación o mejoría el plazo de un año. Expresamente indica que se prevé una posible mejoría que permitiría su reincorporación al trabajo antes de dos años, en los términos previstos en el art. 48. 2 ET.

En el acto de juicio oral celebrado el 12 de marzo de 2018, la empresa anticipa que en el caso de **despido improcedente** opta por la readmisión.

La sentencia del juzgado de lo social desestima la demanda de **despido**, pero la sala de suplicación acoge el recurso del trabajador en sentencia de 13 de septiembre de 2018, declara la existencia de un **despido improcedente** y entiende que la empresa ha optado por la readmisión.

El trabajador interesa la ejecución definitiva de la sentencia para que se declare la extinción indemnizada de la relación laboral, por no resultar posible la readmisión al estar en situación de incapacidad permanente total.

El juzgado de lo social tramita el oportuno incidente de no readmisión y desestima esa pretensión.

Como ya hemos anticipado, la sentencia recurrida de 15 de julio de 2019, desestima el recurso de suplicación del trabajador contra los autos dictados por el juzgado en ejecución de sentencia. Entiende que la relación laboral se encuentra ya previamente extinguida con la declaración de incapacidad permanente total y no es por lo tanto posible extinguirla con el pago de la indemnización, siendo imposible la readmisión por una causa que no es imputable a la empresa.

3.- En el supuesto de referencia la trabajadora es despedida el 27 de diciembre de 2013, y posteriormente declarada en situación de incapacidad permanente total. La sentencia califica el **despido** como **improcedente**.

En fase de ejecución, la sentencia de suplicación reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la indemnización por **despido**.



La referencial confirma ese pronunciamiento, y entiende que la imposibilidad de llevar a término la opción por la readmisión ejercitada por la empresa determina que debe declararse la extinción indemnizada de la relación laboral.

4.- Es de esta forma evidente la existencia de contradicción, por cuanto al igual que así se dice en la sentencia de contraste, se trata de establecer la consecuencia jurídica que ha de atribuirse a la imposibilidad de readmitir cuando resulta inviable por la existencia de una incapacidad permanente obstativa en la fecha de la reincorporación ofrecida por la empresa.

Es verdad que en el caso de autos concurre la circunstancia de que la calificación de incapacidad permanente total se acoge inicialmente al supuesto de suspensión del contrato de trabajo contemplado en el art. 48.2 ET, con un plazo de revisión hasta 15/11/2018 por ser previsible la mejoría, pero lo cierto es que ese plazo ya ha transcurrido sobradamente cuando se dicta la sentencia recurrida en la que expresamente se señala que la relación laboral ha quedado definitivamente extinguida con la declaración de incapacidad permanente.

Así las cosas, las circunstancias de hecho y de derecho concurrentes en el caso de autos resultan sustancialmente coincidentes con las analizadas en la sentencia de contraste, ya que, en definitiva, se trata de dilucidar si la empresa debe cumplir la obligación alternativa de abonar la indemnización por **despido improcedente** cuando no es posible la opción por la readmisión porque el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total.

Tampoco se plantea en este caso la posibilidad de que la empresa pudiese haber ofrecido la readmisión en un puesto de trabajo distinto al de la profesión habitual del trabajador, por lo que, al igual que en el supuesto de la sentencia de contraste, estamos ante la definitiva extinción de la relación laboral.

TERCERO.1.- La STS 11/1/2022, rcud. 4906/2018, recuerda y reitera la doctrina de esta Sala en la materia, en los términos que refleja la propia sentencia de contraste.

Como en ella decimos "De conformidad con una consolidada jurisprudencia (por todas: SSTS -pleno- de 13 de marzo de 2018, Rcul. 1543/2016 y 23 de febrero de 2016, Rcul. 2271/2014) al ser la opción entre indemnización y readmisión una obligación alternativa, la declaración de improcedencia del **despido** de un trabajador que con posterioridad, pero antes de la sentencia, es declarado en situación de incapacidad permanente total, determina que la condena del empresario se limite a la indemnización ante la imposibilidad de readmitir. Lo mismo ocurre cuando la imposibilidad de readmisión viene propiciada por la válida extinción del contrato temporal producida después del **despido** (SSTS de 29 de enero de 1997, Rcul. 3461/1995 y de 19 de septiembre de 2000, Rcul. 3904/1999); o por fallecimiento del trabajador (STS de 13 de febrero de 2019, Rcul. 705/2017).

La Sala en las aludidas sentencias y en otras muchas, ha recordado que la obligación establecida en el artículo 56.1 ET para el **despido** declarado 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 o indemnizar), atribuyendo en general la elección al deudor, pero disponiendo excepcionalmente el derecho de opción en favor del acreedor trabajador (artículo 56.4 ET); y 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 en todo caso sería el necesario cumplimiento de la prestación indemnizatoria, como única posible.

Y es la de que la indemnización legalmente prevista para el **despido improcedente** ofrece, tal como explicitan las indicadas sentencias, destacadas peculiaridades respecto de la establecida en derecho común, entre las que destacar muy significativamente un carácter que tradicionalmente hemos calificado de objetivamente tasado, lo que significa 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 de enero- 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, 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".

La aplicación de esos mismos criterios nos lleva a ratificar que la buena doctrina es la de la sentencia de contraste, de manera que la definitiva imposibilidad de readmitir como consecuencia de la declaración de



incapacidad permanente total conlleva la pérdida de eficacia jurídica de la opción por la readmisión ejercitada por la empresa, e impone el cumplimiento de la obligación alternativa de indemnizar al trabajador por ser la única que es posible llevar a término.

2.- Y al igual que en la precitada sentencia concluimos, la cuantía de la indemnización debe calcularse en estos casos a la fecha del **despido**, que no a la de la resolución en la que se establezca la imposibilidad de readmitir, por ser la consecuencia jurídica a la que conduce la aplicación de la expuesta doctrina y la propia dicción literal del art. 56.1 ET, en tanto que "como pusimos de relieve en nuestra STS de 10 de junio de 2009, RcuD 3098/2007, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del **despido**, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de **despido**, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de **despido** nulo; así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 3 del Convenio 158 OIT; así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia 33/1987 de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de **despido** se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular (STS de 21 de diciembre de 1990, Rec. 2397/1989). Doctrina ratificada en STS de 21 de octubre de 2004, RcuD. 4966/2002, que reitera la idea de que el acto del **despido** disciplinario es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del **despido**, de manera que no es lógico sostener que ese periodo de tiempo haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes.

CUARTO. De la misma forma que así decimos en aquella STS de 11/1/2022, lo expuesto, de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, comporta la estimación del recurso y la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, y a resolver el debate de suplicación con la estimación del recurso de tal clase formulado por el trabajador demandante, en el sentido de declarar extinguida la relación laboral y reconocer el derecho a la percepción de la indemnización correspondiente por **despido improcedente**, condenado a la empresa al pago de la misma y ordenando que su cuantificación se realice a la fecha del **despido**. Sin costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Argimiro , contra la sentencia dictada el 15 de julio de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1400/2019, que resolvió el formulado contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia, de fecha 4 de marzo de 2019, que confirma en reposición el anterior auto de 15 de enero de 2019, recaído en autos núm. 754/2017, seguidos a su instancia contra Ambulevante, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre ejecución de sentencia firme de **despido** y reclamación de cantidad.

2. Casar y anular dicha sentencia, y resolver el debate de suplicación con la estimación del recurso de tal clase formulado por el demandante, en el sentido de declarar la extinción indemnizada de la relación laboral y condenar a la empresa al pago de la indemnización correspondiente al **despido improcedente** calculada a la fecha del **despido**. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.