

**Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 7796/2017 de 29 Dic. 2017, Rec. 6233/2017**

**Ponente: Martínez Miranda, María Macarena.**

**Nº de Sentencia: 7796/2017**

**Nº de Recurso: 6233/2017**

**Jurisdicción: SOCIAL**

¿Qué actos de nuestro jefe son reveladores de un despido tácito?

DESPIDO TÁCITO. Verdadera intención empresarial al dar de baja al trabajador en la S.S. en la fecha en que se agotó el plazo máximo de la incapacidad temporal. Actos reveladores de una voluntad rescisoria por parte de la empleadora. Documento de finiquito y liquidación de las vacaciones. Ausencia de carta de despido. Se trata de despido carente de forma y causa, declarando su nulidad por encontrarse el trabajador en situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor. Al ser imposible la readmisión por haber sido declarado el actor en situación de incapacidad permanente absoluta, solo cabe la indemnización.

*El TSJ Cataluña desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Barcelona que declara la nulidad del despido tácito del trabajador, con indemnización por ser imposible la readmisión.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8026341**

mm

**Recurso de Suplicación: 6233/2017**

**ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ**

**ILMO. SR. EMILIO GARCIA OLLÉS**

**ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

En Barcelona a 29 de diciembre de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 7796/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por Transrutas, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 8 Barcelona de fecha 17 de julio de 2017 dictada en el procedimiento nº 574/2016 y siendo recurridos Pablo , Fondo de Garantía

Salarial y Ministerio Fiscal, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMO la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Pablo contra TRANSRUTAS S.A., FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL y, en su consecuencia, declaro la nulidad del despido practicado en fecha 30 de junio de 2016. Ante la imposibilidad de readmitir al actor, condeno a TRANSRUTAS S.A. a abonar a D. Pablo una indemnización por importe de 45.662,40 euros. Declaro extinguida la relación laboral con efectos del día de hoy, sin salarios de tramitación.

Asimismo, condeno al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a estar y pasar por la declaración de deuda contenida en la presente sentencia, en los términos que para su responsabilidad estrictamente subsidiaria dispone el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores ."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- D. Pablo , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , se vinculó laboralmente a la empresa TRANSRUTAS S.A. fecha 19 de octubre de 1999, con la categoría profesional reconocida de administrador web y publicidad, percibiendo un salario de 1.929,17 euros mensuales, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias, equivalente a un salario diario de 63,42 euros, también con el prorrateo.

Prestaba servicios mediante contrato de trabajo indefinido y a jornada completa. Percibía su salario con carácter mensual mediante transferencia bancaria. Prestaba servicios en la población de Barcelona (hecho no controvertido y, por tanto, conforme)

SEGUNDO.- En fecha 15 de diciembre de 2014 el actor solicitó una reducción de jornada por guarda legal, al amparo de lo previsto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores , cuyos términos se transaccionaron en fecha 22 de abril de 2015 ante el Juzgado de lo Social nº 7 de Barcelona (folios 84 a 87)

TERCERO.- El actor inició proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común en fecha 15 de diciembre de 2014. Mediante resolución de

17 de diciembre de 2015 el INSS acordó prorrogar ese proceso de incapacidad

temporal por un período máximo de 180 días (folio115). En fecha 27 de junio de 2016, la mutua Asepeyo comunicó al actor la instrucción del oportuno expediente de incapacidad permanente para su ulterior presentación ante el INSS. También le informó de que, una vez alcanzados los 545 días, no existiría obligación de cotizar por parte de la empresa. La empresa recibió esa misma comunicación (hecho no controvertido, folios 121 y 165). La empresa cursó la baja del actor en la Seguridad Social con efectos de 11 de junio de 2016 (folio 42)

CUARTO.- En fecha 15 de junio de 2016, el actor solicitó a la empresa la entrega de determinada documentación laboral, designando a su abogado como representante (folios 117 a 120). En fecha 30 de junio de 2016, la empresa remitió por correo electrónico al letrado del trabajador el certificado de empresa para el desempleo (sin expresión de la causa de suspensión o extinción), la hoja de salario de 11 días del mes de junio de 2016 y un recibo de finiquito por importe de 2.788,29 euros en el que se hace referencia a la rescisión de la relación laboral "por baja por agotamiento de la incapacidad temporal" (folios 123 a 126)

QUINTO.- En fecha 15 de julio de 2016, el actor impuso un burofax dirigido a la empresa en el que mostraba su contrariedad por el documento de finiquito facilitado por la empresa y con la liquidación de las vacaciones. En ese escrito

afirma que la conducta empresarial patentiza una real voluntad extintiva, comunicada el día 30 de junio de 2016 y con efectos del 11 del mismo mes, anunciando su voluntad de ejercitar cuantas acciones en derecho le pudieran asistir. También interesa que le remitan documento original de la carta de despido, con expresión de la causa del mismo. El burofax fue entregado a la empresa el 4 de julio de 2016 (folios 128 a 132)

SEXTO.- Mediante idéntico conducto, la empresa contestó al trabajador en fecha 15 de julio de 2016 del siguiente modo:

*"Acusamos recibo de su burofax. No queremos añadir ningún comentario al respecto. Como ya le comunicamos a su abogado, hemos procedido de acuerdo a la notificación recibida de la mutua con fecha de 22 de junio, y de los que nos consta usted también tiene conocimiento"* (folios 133 a 135).

SÉPTIMO.- En fecha 28 de septiembre de 2016, el INSS inició el procedimiento para resolver el expediente de incapacidad permanente (folios 136 a 141).

OCTAVO.- En fecha 24 de octubre de 2016 el INSS dictó resolución por la que declaró al actor en situación de incapacidad permanente absoluta. En el dictamen propuesta de la CEI se prevé expresamente 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, conforme al artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores (folios 142 a 148). La empresa tuvo conocimiento en su día de esa resolución (folios 152, 157 y declaración del legal representante de la empresa)

NOVENO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año la condición de representante legal o sindical de los trabajadores (hecho conforme)

DÉCIMO.- Es de aplicación a la empresa demandada el Convenio colectivo para el sector de agencias de viajes (hecho no controvertido y, por tanto, conforme)

UNDÉCIMO.- Se intentó la conciliación por solicitud de 8 de julio de 2016, concluyendo el acto celebrado el día 29 de julio de 2016 con el resultado de "sin avenencia" (folio 21)"

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte demandada se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando la demanda en materia de despido, declaró la nulidad del practicado el 30 de junio de 2016, condenando a la entidad demandada, ante la imposibilidad de readmitir al actor, a abonarle una indemnización por importe de cuarenta y cinco mil seiscientos sesenta y dos euros con cuarenta céntimos (45.662,40 euros), declarando extinguida la relación laboral con efectos del día de la fecha, sin salarios de tramitación, y condenando al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por tal declaración, en los términos que para su responsabilidad subsidiaria se establecen en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores . El recurso ha sido impugnado por la parte actora, que interesó su desestimación, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Constituye el objeto del recurso interpuesto la nulidad de actuaciones, y, subsidiariamente la falta de acción, o, subsidiariamente la declaración de nulidad del despido con obligación de readmitir en su mismo puesto de trabajo al actor, una vez se le otorgue el alta médica por recuperación.

Al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , como primer motivo del recurso, la parte demandada recurrente denuncia la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como 24.1 de la Constitución , instando la nulidad de actuaciones, por incongruencia de la sentencia, al haber acordado la extinción de la relación laboral, pese a haber sido instada la nulidad del despido, con los efectos inherentes a tal declaración.

Opone la parte actora, al impugnar el recurso, que la sentencia no ha incurrido en incongruencia alguna, al acordar la extinción de la relación laboral, como consecuencia de la imposible readmisión del trabajador, pese a ser acordada la nulidad del despido, debido a una circunstancia posterior a la presentación de la demanda, cual es la declaración del mismo en situación de incapacidad permanente absoluta tras la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 24 de octubre de 2016.

En aras a dirimir sobre la incongruencia aducida, conviene recordar que la doctrina constitucional recaída en la materia ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución incluye *"el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por*

cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 de la Constitución, es una exigencia derivada del artículo 24.1 de la Constitución, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos" ( STC 182/2011, de 21 de noviembre -cita literal-, que reitera doctrina de la SSTC 61/1983, de 11 de julio, STC 13/1987, de 5 de febrero, y STC 248/2006, de 24 de julio, con cita de las SSTC 163/2000, de 12 de junio, 187/2000, de 10 de julio, y 214/2000, de 18 de septiembre ).

Del mismo modo, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha mantenido que la incongruencia debe valorarse "en términos de comparación entre la pretensión procesal de las partes -lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir, y hechos constitutivos- y la respuesta o fallo judicial", sin que esté, con ello, permitido a los órganos judiciales otorgar más de lo pedido (incongruencia "ultra petitem"), ni resolver sobre cuestiones distintas y ajenas a lo solicitado por las partes (incongruencia "extra petitem") o no resolver alguna de las pretensiones deducidas oportunamente por las partes ("incongruencia omisiva") ( SSTS 1 de diciembre de 1.998 y 5 de junio de 2.000 ).

Centrándonos en la extralimitación imputada en el recurso, que, pese a no denominarse de este modo, tendría por objeto la incongruencia "extra petitem", el objeto de la demanda, y de la litis, se circunscribía a la declaración de nulidad, o subsidiaria improcedencia, del despido, con los efectos inherentes a tal declaración que, en efecto, tal como se aduce en el recurso, en el primer caso se circunscribían a la readmisión del actor en las condiciones de trabajo que regían con anterioridad a producirse el despido. Ahora bien, dado que el actor fue declarado con posterioridad a la interposición de aquélla en situación de incapacidad permanente absoluta, el magistrado a quo razona en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida las razones que le conducen a acordar la extinción de la relación laboral, con los efectos inherentes a tal declaración.

Tal conclusión, de carácter jurídico, en modo alguno supone apartarse de los términos del debate, o conceder algo distinto a lo solicitado, por cuanto determina las consecuencias inherentes a la calificación del despido, dadas las circunstancias concurrentes, que no podían ser ignoradas por el juzgador, al haber integrado el debate jurídico, y resultar propias de la dinámica de la relación laboral; siendo así que forman parte del relato de hechos probados.

Por ello, con independencia de la discrepancia jurídica que pueda sostenerse sobre tal conclusión, sobre la que más adelante dirimirémos, procede desestimar la incongruencia aducida en el recurso, y, consecuentemente, el primero de los motivos.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, como segundo motivo, la parte demandada recurrente insta la revisión del relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

A) Comenzando por el ordinal fáctico tercero, se interesa la adición del siguiente redactado:

"El trabajador tiene prevista la revisión médica por agravación o mejoría, en octubre de 2017".

En aras a lograr el éxito de la revisión propuesta, se invocan los folios 167, 168 y 175 de las actuaciones. Ahora bien, el pacífico hecho probado octavo de la sentencia de instancia ya establece que la resolución de la entidad gestora que acordó reconocer al actor en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta determinaba que ésta sería objeto de revisión por mejoría antes de dos años, en aplicación del artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores; por lo que la adición propuesta resulta innecesaria, por reiterativa, lo que conduce a su fracaso.

B) Del mismo modo, se insta la adición al hecho probado undécimo del siguiente texto:

"En el acto de conciliación la empresa manifestó lo siguiente: Concedida la paraula a la part interesada no sol.licitant, Transrutas, S. A., manifesta que s'oposa a la demanda per les raons que al.llegarà en el moment processal oportú, i també que en tràmit judicial demanarà la sanció per temeritat de la reclamació i les costes esdevingudes en relació a la minuta del lletrat".

Invocándose el acto de conciliación administrativa (folio 21), no ha lugar a la adición postulada, al no tener por objeto la omisión o error en que habría incurrido el original redactado, sino la obtención de determinadas conclusiones jurídicas ligadas a las manifestaciones efectuadas en el referido acto, lo que resulta impropio del relato fáctico e impide la adición al mismo de tal redactado.

A mayor abundamiento, el hecho que pretende adicionarse ya obra en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, con valor fáctico, lo que conduce a su fracaso.

Todo ello en aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial, relativa a los requisitos exigibles para acceder a la revisión fáctica, compendiados en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (recurso 95/2014 ) del siguiente modo:

*"Tal y como nos recuerda nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013 , los requisitos generales de toda revisión fáctica son los siguientes: "Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).*

*Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de " error en la apreciación de la prueba " que esté " basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador "» (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que «no está contemplada en el ... [ art. 207.d) LRJS ] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [ art. 193.b LRJS ], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348 ] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada» ( STS 26/01/10 -rco 45/09 -)".*

Por todo lo expuesto, procede desestimar el motivo de revisión de hechos probados formulado.

**TERCERO.-** Con correcto amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte demandada recurrente denuncia, en primer lugar, la infracción, por aplicación indebida, del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores . Se aduce, en síntesis, que no existió despido del trabajador, conforme se colige del hecho de que el propio actor interesase la remisión de la correspondiente carta de despido, así como del certificado de empresa y documentos de saldo y finiquito de la relación laboral; siendo así que la empresa no le envió ni uno ni otro documento.

Opone la parte actora, al impugnar el recurso, que el carácter autónomo y constitutivo del despido comporta que no precise de los formalismos que impone la ley para producir efectos; lo que debe conducir a desestimar la infracción jurídica denunciada.

En definitiva, se circunscribe la cuestión controvertida a la existencia de despido, al haber estimado la sentencia de instancia que éste concurrió, de forma tácita. Con objeto de dirimir sobre la misma, resulta necesario traer a colación el inmodificado relato de hechos probados de la sentencia de instancia, del que, en síntesis -por obrar reproducido en los antecedentes de hecho de esta resolución- se coligen los siguientes extremos:

1º.- El actor prestaba servicios por cuenta de la entidad demandada, con las condiciones laborales obrantes en el hecho probado primero de la sentencia de instancia, que damos por reproducido.

2º.- En fecha 15 de diciembre de 2014, el actor solicitó reducción de jornada por guarda legal, cuyos términos se transaccionaron ante el Juzgado de lo Social número 7 de Barcelona el 22 de abril de 2015.

3º.- El actor inició proceso de incapacidad temporal el 15 de diciembre de 2014, prorrogado el 17 de diciembre de 2015 por período máximo de ciento ochenta días.

El 27 de junio de 2016, Mutua Asepeyo comunicó al actor la instrucción del correspondiente expediente de incapacidad permanente. Esta comunicación fue recibida, asimismo, por la empresa.

La empresa cursó la baja del actor en la Seguridad Social con efectos de 11 de junio de 2016.

4º.- El 15 de junio de 2016, el actor solicitó a la empresa la entrega de determinada documentación laboral, designando a su abogado como representante. El 30 de junio de 2016, la empresa remitió por correo electrónico al letrado del trabajador el certificado de empresa para el desempleo, sin expresión de la causa de suspensión o extinción, la hoja de salario, y un recibo de finiquito, en el que se hace referencia a la rescisión de la relación laboral "por baja por agotamiento de la incapacidad temporal".

5º.- El trabajador remitió burofax dirigido a la empresa en fecha 15 de julio de 2016, con el contenido obrante al ordinal fáctico quinto de la sentencia de instancia, que damos por reproducido; contestando la empresa el 15 de julio de 2016, en los términos que constan en el hecho probado sexto, que, nuevamente, damos por reproducido.

6º.- En fecha 28 de septiembre de 2016, el Instituto Nacional de la Seguridad Social inició el procedimiento para resolver el expediente de incapacidad permanente, dictando resolución el 24 de octubre de 2016, en que le reconoció en aquella situación, en grado de absoluta.

Partiendo de tales datos fácticos, concluye el magistrado a quo, tras un detenido examen de las circunstancias concurrentes, sobre la concurrencia de un acto extintivo de la relación laboral por parte de la empresa, como despido tácito. Cuestiona la parte recurrente tal conclusión jurídica, basándose en el expuesto relato de hechos probados de la sentencia de instancia, si bien pretendiendo la adición de determinados extremos que, en cuanto no resulten de aquél, inmodificado en esta sede, no serán objeto de ponderación por esta Sala.

Entrando en el fondo de la cuestión suscitada, cual es la calificación del acto extintivo empresarial como despido tácito o como agotamiento del proceso de incapacidad temporal, hemos de partir de que, de conformidad con el artículo 174.5 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015 (vigente en la fecha de los hechos), en el supuesto de extinción de la incapacidad temporal, anterior al agotamiento de los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración de la misma, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación empresarial de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del citado plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.

Ciertamente, en el supuesto que nos ocupa el plazo máximo de la incapacidad temporal se agotó el 11 de junio de 2016, lo que fue comunicado por la Mutua responsable del pago directo de la prestación tanto al actor como a la empleadora demandada. La empresa cursó la baja a la Seguridad Social con efectos de aquella fecha.

Ahora bien, concurrieron determinadas comunicaciones entre trabajador y empresa de las que, necesariamente, ha de extraerse cuál fue la verdadera intención empresarial al dar de baja al trabajador, en aras a dirimir sobre la calificación del acto extintivo. De este modo, el 15 de junio de 2016, el actor solicitó a la empresa la entrega de determinada documentación, designando a su abogado como su representante, remitiendo la empresa el 30 de junio a éste el certificado de empresa para el desempleo, en que no indicó la causa de suspensión o extinción, la hoja de salario de once días del mes de junio de 2016, y un recibo de finiquito, en que se hacía referencia a la rescisión de la relación laboral "por baja por agotamiento de la incapacidad temporal". La literalidad de estos documentos no arrojó luz sobre la voluntad empresarial, por cuanto en el certificado de empresa no se indicó si la baja respondía a causa de suspensión o extinción, en tanto en el recibo del finiquito se aludió a la rescisión de la relación laboral, no obstante apostillarse "por baja por agotamiento de la incapacidad temporal". Ahora bien, los actos posteriores sí revelaron una voluntad rescisoria por parte de la empleadora, tal como a continuación se expone.

Así, por el actor se instó la clarificación de la situación, por medio de burofax de fecha 15 de julio de 2016, en que mostró su contrariedad por el documento de finiquito y la liquidación de las vacaciones, afirmando que la conducta empresarial patentaba una real voluntad extintiva, anunciando, asimismo, su voluntad de ejercitar cuantas acciones en derecho le pudieran corresponder. Asimismo, solicitó la remisión del documento original de la carta de despido, con expresión de la causa del mismo. A esta comunicación contestó la empresa mediante burofax de idéntica fecha

(15 de julio de 2016), en los siguientes términos: *"Acusamos recibo de su burofax. No queremos añadir ningún comentario al respecto. Como ya le comunicamos a su abogado, hemos procedido de acuerdo a la notificación recibida de la mutua con fecha 22 de junio, y de los que nos consta usted también tiene conocimiento"*.

Conviene recordar que, tal como expusimos, la citada comunicación de la Mutua había informado de que, una vez alcanzados los quinientos cuarenta y cinco días, no existiría obligación de cotizar por parte de la empresa; por lo que la remisión a la misma en modo alguno clarificada la conducta empresarial, que no se limitaba a dar de baja en la Seguridad Social, sino que rescindía la relación laboral (no obstante apostillarse que lo hacía por baja por agotamiento de la incapacidad temporal), y se liquidaban las vacaciones correspondientes, no obstante encontrarse en trámite el correspondiente expediente de incapacidad permanente ante la entidad gestora.

A mayor abundamiento, en el acto de conciliación administrativa, la empresa se opuso a la demanda, sin explicar el motivo, anunciando su intención de solicitar judicialmente una sanción por temeridad y costas del procedimiento. Pretende la parte recurrente dotar a esta última manifestación de efectos enervadores de la voluntad extintiva. Ahora bien, no estimamos que la oposición a la demanda, sin mayor precisión, y con expresa reserva de las razones que, se adujo, se alegarían en el momento procesal oportuno, sin perjuicio de aludirse a la sanción por temeridad y costas, pueda interpretarse como una oposición fundada. Por el contrario, tal oposición resulta formal y carente de contenido, lo que no hacía sino abundar en la equívoca situación generada por la empresa, no aclarada pese a los requerimientos efectuados por el trabajador.

Y no sería hasta el acto de juicio oral cuando la empresa demandada manifestó que su intención no había sido la de despedir al actor, ofreciéndose a la readmisión en caso de que le otorgase el alta médica. Juicio que fue celebrado un año después de formulada demanda, sin que conste que durante el lapso temporal transcurrido la situación laboral del actor, y la naturaleza del acto empresarial (suspensivo o extintivo) resultase objeto de clarificación.

Por todo ello, compartimos la conclusión del magistrado a quo sobre el carácter extintivo de la conducta empresarial, como despido tácito.

Tal conclusión resulta de la subsunción del supuesto objeto de recurso en la doctrina jurisprudencial en la materia. De este modo, por lo que respecta al despido tácito, la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, resumida en su sentencia de 16 de noviembre de 1.998 , ha concluido:

"a) el despido, al igual que el abandono, requiere voluntad resolutoria consciente del empresario, que si bien cabe entender existe cuando los actos u omisiones concurrentes permitan presumir voluntad en tal sentido, excluye tal conclusión en supuestos ... en que dichos actos denotan de manera inequívoca la ausencia de la mencionada voluntad resolutoria, aunque manifiestan incumplimiento contractual, ante el que el trabajador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable ( STS/Social 4-VII- 1.988 ).

b) *Para que pueda apreciarse la figura del despido tácito -en contraposición al expreso, documentado o no- es necesario que la decisión extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídica-laboral, tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa, y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica" ( SSTS 2-VII-1.985 , 21-IV-1.986 , 9-VI-1986 , 10- VI-1.986 , 5-V-1.988). O dicho más sintéticamente, que para que exista despido tácito es necesario que concurren "hechos o conducta concluyente" reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato ( SSTS/Social 5-V-1988, 4-VII-1988 , 23-II-1990 y 3-X-1990 ).*

c) *"Si bien la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito, que se pretende deducir de conductas equívocas de la empresa, por contrariar los principios de buena fe, básico en las relaciones contractuales y generar situaciones de inseguridad al trabajador, que, nunca, deben beneficiar a quien las ha provocado, su realidad y operatividad no deben excluirse, conforme también constante jurisprudencia, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual" ( STS/Social 4-XII-1989 )".*

En definitiva, los actos coetáneos a la medida extintiva, en concordancia con los acaecidos posteriormente, revelan una voluntad empresarial extintiva, subsumible en la figura del despido tácito que, por carencia de formalidades legales y causa, habría de calificarse como improcedente, si bien, por encontrarse incurso en el supuesto del artículo 55.5.a) del Estatuto de los Trabajadores , al encontrarse el actor en situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor, ha de ser calificado como nulo. Habiéndolo así entendido el magistrado a quo, procede desestimar

la infracción jurídica denunciada en relación a este particular.

**CUARTO.-** Con idéntico amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte demandada recurrente denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores , así como, por aplicación indebida, del artículo 286.1 de la norma rituraria laboral, ambos en relación con el artículo 24 de la Constitución , y 7.2 del Código Civil . Dado que su formulación resulta subsidiaria a la del primero de los motivos del recurso (en que postulaba la nulidad de actuaciones), la parte recurrente remite a las razones expuestas en éste, atinentes a la ausencia de solicitud por el actor de la extinción de la relación laboral en la demanda, debiendo estarse a los efectos propios de la nulidad del despido, con necesaria readmisión del actor.

Opone la parte actora, al impugnar el recurso, que el trabajador en el momento del despido se encontraba en situación e incapacidad permanente absoluta, por lo que procedía la extinción de la relación laboral, al no resultar posible su readmisión.

Conviene advertir que, pese a reiterarse por la parte recurrente los argumentos atinentes a la indefensión que el pronunciamiento de instancia le habría producido, habiendo sido tal cuestión objeto de resolución en el fundamento primero de esta sentencia, a tales argumentos procede remitirse.

En relación al fondo de la cuestión suscitada, cuales son los efectos de la nulidad del despido cuando, con posterioridad a éste y antes de dictarse la sentencia, el/la trabajador/a hubiera sido declarado/a en situación de incapacidad permanente absoluta, procede estar a la reiterada doctrina jurisprudencial en la materia. Así, tal como declaró la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014 (recurso 1037/2013 ):

*"La cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala en el sentido mantenido por la sentencia de contraste como pone de relieve la propia sentencia referencial, así como la de 28 de enero de 2013 (rcud. 149/12 ), dictada por el Pleno, cuya doctrina resume, la mas reciente de 25/6/13 (rcud. 2113/12), en los términos que se indican seguidamente:*

*"1. "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...."*

*2. "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... . 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".*

*3. "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..... . 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".*



4. Es "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.

Se trata 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".

En aplicación de esta doctrina, habiendo sido el actor declarado en situación de incapacidad permanente absoluta en fecha 24 de octubre de 2016, posterior a la del despido, 30 de junio de 2016, resultaba imposible la readmisión, lo que reconduce las consecuencias de la nulidad del despido a la correspondiente indemnización. A ello no obsta la posibilidad de revisión por mejoría, en la forma aducida en el recurso, cuya hipótesis no justifica la inaplicabilidad de la normativa expuesta.

Por todo lo expuesto, procede desestimar la infracción jurídica denunciada, asimismo en relación a la última de las cuestiones suscitadas, y, consecuentemente, el recurso interpuesto, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

**QUINTO.-** En aplicación del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , procede imponer las costas a la parte recurrente, las cuales incluirán los honorarios de la Letrada de la parte impugnante, en cuantía de trescientos cincuenta euros (350 euros).

Asimismo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 204, apartado 4, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte demandada para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Transrutas, S. A. contra la sentencia dictada en fecha 17 de julio de 2017 por el Juzgado de lo Social número 8 de Barcelona , en autos sobre despido seguidos con el número 574/2016, a instancia de don Pablo contra la parte recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la recurrente, en las que se incluirán los honorarios de la Letrada de la parte actora impugnante, en la cuantía de trescientos cincuenta euros (350 euros).

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la

condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.