

## Resumen

*El TS resuelve estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la empleadora demandada en autos sobre reclamación de cantidad. La cuestión controvertida estriba en determinar si habiéndose producido el despido, declarado judicialmente improcedente en un momento posterior, y habiéndose calificado por el INSS la Invalidez Permanente Absoluta del trabajador tras la fecha del despido y con anterioridad a la sentencia, el demandante tiene derecho a la mejora voluntaria concertada por la empresa para dicha contingencia. La Sala manifiesta que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del cese, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Así resulta de los arts. 49,1 k) y 54,1 ET y del art. 3 Conv. 158 OIT y del mismo modo atestigua el TC, en el sentido de que la relación laboral se encuentra rota a consecuencia del acto del despido y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular. En consecuencia, concluye el TS, al producirse la extinción del contrato con la fecha de despido el actor no tiene derecho al importe del capital asegurado reclamado. Formulan voto particular tres Magistrados de la Sala.*

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	5
VOTO PARTICULAR .....	5

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### CONTRATO DE TRABAJO

#### EXTINCIÓN DEL CONTRATO

##### Despido disciplinario

##### Cuestiones generales

##### Determinación de la fecha

##### Calificación y efectos

##### Despido improcedente

##### Efectos

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

### Legislación

Cita art.217 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.49.1.k, art.49.11, art.54.1, art.54.1, art.55.7, art.56, art.56.1.b.2 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita art.197 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL - EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO - En general por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 julio 2004 (J2004/136796)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 4ª de 21 octubre 2004 (J2004/160261)

Citada en el mismo sentido sobre SECTORES Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS - SEGUROS por STSJ Valencia Sala de lo Social de 25 mayo 2004 (J2004/208612)

Citada en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - EXTINCIÓN DEL CONTRATO - Despido disciplinario - Readmisión - Opción entre indemnización y readmisión por STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Social de 29 mayo 2004 (J2004/75978)

Citada en el mismo sentido sobre CARTA DE DESPIDO - REQUISITOS EN GENERAL por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 26 febrero 2004 (J2004/99788)

Citada en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - EXTINCIÓN DEL CONTRATO - Despido disciplinario - Calificación y efectos - Despido nulo - Violación de derechos fundamentales por STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Social de 21 diciembre 2005 (J2005/269362)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Social de 20 abril 2005 (J2005/341789)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Social de 20 abril 2005 (J2005/341797)  
Citada en el mismo sentido sobre ACCIDENTE DE TRABAJO - ASEGURAMIENTO PARTICULAR DEL ACCIDENTE DE TRABAJO - Mejora de prestaciones por STS Sala 4ª de 4 mayo 2005 (J2005/83743)  
Citada en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - TRABAJADOR - Derechos en la relación de trabajo - No discriminación - En materia de despido por STSJ Galicia Sala de lo Social de 21 enero 2005 (J2005/8646)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Baleares Sala de lo Social de 23 noviembre 2006 (J2006/393841)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 13 diciembre 2006 (J2006/432191)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 5 junio 2006 (J2006/438650)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Asturias Sala de lo Social de 22 diciembre 2006 (J2006/462025)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Social de 27 marzo 2006 (J2006/47788)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Bur) Sala de lo Social de 6 abril 2006 (J2006/49286)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Social de 17 marzo 2006 (J2006/82429)  
Citada en el mismo sentido por STSJ País Vasco Sala de lo Social de 7 marzo 2006 (J2006/88002)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 26 junio 2007 (J2007/173443)  
Citada en el mismo sentido por STSJ País Vasco Sala de lo Social de 19 junio 2007 (J2007/199282)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Social de 10 abril 2007 (J2007/220877)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Social de 19 septiembre 2007 (J2007/221468)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Social de 24 mayo 2007 (J2007/226131)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 18 octubre 2007 (J2007/313565)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 3 diciembre 2007 (J2007/344749)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Social de 8 marzo 2007 (J2007/358169)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Asturias Sala de lo Social de 23 marzo 2007 (J2007/89752)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 11 junio 2008 (J2008/125132)  
Citada en el mismo sentido por STSJ País Vasco Sala de lo Social de 22 julio 2008 (J2008/230770)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 8 enero 2008 (J2008/47249)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 4ª de 10 junio 2009 (J2009/151100)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 11 mayo 2009 (J2009/181249)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 16 julio 2009 (J2009/263909)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 4ª de 27 febrero 2009 (J2009/42700)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Extremadura Sala de lo Social de 11 octubre 2010 (J2010/259502)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Extremadura Sala de lo Social de 2 diciembre 2010 (J2010/303946)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Social de 27 enero 2012 (J2012/8544)  
Cita STS Sala 4ª de 9 diciembre 1999 (J1999/44526)  
Cita STS Sala 4ª de 9 diciembre 1999 (J1999/43434)  
Cita STS Sala 4ª de 13 julio 1998 (J1998/17255)  
Cita STS Sala 4ª de 1 julio 1997 (J1997/6306)  
Cita STS Sala 4ª de 5 junio 1997 (J1997/3946)  
Cita STS Sala 4ª de 17 marzo 1997 (J1997/2042)  
Cita STS Sala 4ª de 20 marzo 1997 (J1997/1761)  
Cita STS Sala 4ª de 24 junio 1996 (J1996/5281)  
Cita STS Sala 4ª de 17 enero 1995 (J1995/86)  
Cita STS Sala 4ª de 16 junio 1994 (J1994/5408)  
Cita STS Sala 4ª de 21 diciembre 1990 (J1990/11890)  
Cita STS Sala 4ª de 7 diciembre 1990 (J1990/11202)  
Cita STC Sala 1ª de 21 enero 1987 (J1987/3)

## Bibliografía

Citada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 4ª del Tribunal Supremo. 2004-2005"

Citada en "La acción del art. 50 ET y la obligación del trabajador de prestar servicios hasta la firmeza de la sentencia"

Citada en "Imprudencia del despido: la opción por la indemnización en el RDL 3/2012. Foro abierto"

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "H., S.A.", contra la sentencia de fecha 1 de febrero de 1999, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resolvió el debate planteado en suplicación, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid en autos promovidos por D. José Antonio Bueno Martínez contra "H.,S.A." y "Seguros S., S.A." en reclamación de cantidad.

Se ha personado ante esta Sala en concepto de recurrido "Seguros S., S.A.", representada y defendida por el Letrado D. David López González.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Arturo Fernandez López.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de febrero de 1999 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Fallamos: Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Bernabé Echebarría Mayo en nombre y representación de D. José, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Madrid, en autos núm. 205/98, en fecha 4 de julio de 1998, en virtud de demanda interpuesta por D. José en reclamación de cantidad, y contra "H., S.A." y "Seguros S., S.A." y en consecuencia, debemos condenar y condenamos a la empresa "H., S.A." a que pague al actor la cantidad de cinco millones de pesetas, mas los intereses legales, confirmando la sentencia recurrida en los demás pronunciamientos".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictada el 4 de julio de 1998 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Madrid, contenía los siguientes hechos probados:

I. El demandante prestó sus servicios para la empresa "H., S.A." con una antigüedad del 1 de diciembre de 1986. Con fecha 4 de junio de 1996 fue objeto de despido disciplinario, que fue declarado improcedente por sentencia de fecha 20 de septiembre de 1996, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 en los autos 478/96, optando la empresa, una vez firme, por el abono de la indemnización, conforme consta en providencia de 4-10-96 dictada por el Juzgado referido.

II. La empresa empleadora tiene establecida una póliza de seguro colectivo para todos sus trabajadores con la codemandada "Seguros S., S.A.", que cubre las contingencias de muerte e invalidez permanente absoluta con un importe asegurado de 5.000.000 pesetas.

III. Por resolución del INSS de 31 de julio de 1997 el demandante fue declarado afecto de invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad común, con efectos de 10 de julio de 1996.

IV. El actor reclama el importe del capital asegurado 5.000.000 pesetas por la contingencia de invalidez permanente absoluta, que le han sido negado, por la compañía aseguradora por entender que la fecha del hecho causante-siniestro (10 de julio de 1996) es posterior a la fecha de baja del actor en la póliza de seguro (4 de junio de 1996).

V. Se ha celebrado sin lograr avenencia la conciliación.

VI. el 22 de octubre de 1997 el demandante reclamó de las codemandadas el importe del capital asegurado que le fue denegado. Por medio de carta de 12-12-97 el actor reiteró la reclamación en base a los razonamientos expuestos, sin haber obtenido contestación alguna.

VII. Consta unida a autos la póliza núm. 967 suscrita entre las codemandadas, la cual se da aquí por reproducida. Entre sus condiciones particulares se señala que el colectivo asegurable es 'todo el personal perteneciente a la plantilla de "H., S.A." que se halle prestando servicio activo y suscriba el correspondiente Boletín Individual de Adhesión": La parte dispositiva de esta sentencia dice:

"Fallo. Desestimando la excepción de prescripción y estimando la demanda formulada por D. José contra "Seguros H., S.A." debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos en su contra formulado".

TERCERO.- Dicha sentencia fue aclarada por auto del Juzgado de lo Social núm. 7 de fecha 4 de julio de 1998, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Debo aclarar y aclaro la sentencia 254/98 dictada en las presentes actuaciones en virtud de subsanar el error padecido en el fallo, quedando este redactado de la siguiente forma: 'Desestimando la excepción de prescripción y desestimando la demanda formulada por D. José contra "Seguros S., S.A." y "H., S.A." debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos en su contra formulados"'. "

CUARTO.- El Letrado D. Rafael Dorrego González, en nombre y representación de "H., S.A.", preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, emplazadas las partes, y remitidos los autos, formalizó en tiempo y forma el trámite de interposición del presente recurso, alegando sustancialmente lo siguiente: En primer lugar, señala y aporta como sentencia contradictoria con la hoy impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 27 de marzo de 1997; a continuación aduce como preceptos infringidos los siguientes: infracción legal en la interpretación y aplicación del artículo 49.1.k del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 . Razonando, por último, lo que estima oportuno sobre el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

QUINTO.- Evacuado el traslado conferido; por el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar Procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 23 de marzo de 2000, en cuyo momento, con suspensión de dicho señalamiento, y dadas las características de la cuestión planteada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se señaló nuevamente el día 10 de mayo de 2000 en convocatoria de Sala General, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor fue objeto de despido disciplinario por parte de la empresa demandada el 4 de junio de 1996, declarado improcedente por sentencia de 20 de septiembre de 1996 y optando la empresa, una vez firme, por la indemnización el 4 de octubre de 1996. La empresa demandada tiene establecida una póliza de seguro colectivo para todos sus trabajadores con la aseguradora también codeemandada que cubre las contingencias de muerte e invalidez permanente absoluta con un importe asegurado de cinco millones de pesetas.

El actor, que por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 31 de julio de 1997 fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad común con efectos de 10 de julio de 1996, reclama en este proceso el importe del capital

asegurado con el recargo correspondiente. La sentencia de instancia desestima la demanda, con absolución de las dos codemandadas siendo revocada en suplicación por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de febrero de 1999 que condena exclusivamente a la empleadora al abono de la cantidad antes citada mas los intereses legales, descartando la responsabilidad de la aseguradora.

Argumenta dicha sentencia en apoyo de su tesis que la empresa dio de baja al actor en la póliza que ésta mantenía con la aseguradora en la fecha del despido (4 de junio de 1996), lo cual -dice- es incorrecto jurídicamente, ya que el despido fue declarado improcedente mediante sentencia de 20 de septiembre de 1996 y que hasta que la empresa opta por la indemnización (4 de octubre de 1996, ordinal primero) subsisten todos los efectos jurídicos derivados del contrato y entre ellos el derecho a la mejora voluntaria de la prestación por incapacidad permanente absoluta puesto que la relación laboral no quedó extinguida en este caso en el momento del despido.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia de suplicación recurre la empleadora en casación para la unificación de doctrina aportando como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de marzo de 1996. Esta sentencia contempla el caso de un trabajador que había sido despedido el 30 de septiembre de 1991 y falleció el siguiente día 7 de octubre; la viuda presentó demanda por despido, dictándose sentencia en la instancia que apreció la falta de acción y fue revocada por la de suplicación que declaró la improcedencia del despido con abono a la demandante de los salarios hasta el día del fallecimiento (siete días). La empresa tenía concertado un contrato de seguro estableciéndose una cantidad de 1.000.000 de pesetas para el caso de fallecimiento, aunque el convenio colectivo del sector fija una cantidad de 3.500.000 pesetas para el caso de fallecimiento por accidente, que, según el demandante fue lo ocurrido en el caso. La referida sentencia de contraste confirma la de instancia desestimatoria de la demanda presentada por la esposa del fallecido en reclamación de la citada cantidad.

Argumenta en síntesis esta sentencia de confrontación que no puede aceptarse a tesis de la actora que sostenía que debe entenderse vigente el contrato y la cobertura del seguro hasta la fecha del fallecimiento de su marido puesto que el acto del despido por parte del empresario tiene carácter autónomo y constitutivo y produce por sí mismo la extinción de la relación contractual, sin perjuicio de que, posteriormente, para el caso de ser declarado improcedente el despido y que se lleve a cabo la readmisión, quede restablecido el contrato de trabajo en las mismas condiciones que tenía anteriormente.

Aunque hay diferencias de matiz entre ambas sentencias, en lo sustancial concurren las identidades previstas en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 para viabilizar el presente recurso puesto que mientras que la sentencia recurrida considera que el despido no produce efecto extintivo, sino que subsisten los efectos jurídicos del contrato hasta que se determine la improcedencia del despido y se opte por la indemnización, la sentencia de contraste determina que el despido tiene carácter autónomo y constitutivo, produciendo por sí mismo efecto extintivo sobre la relación laboral, con lo que en consecuencia no se reconocerían derechos nacidos con posterioridad al mismo.

La cuestión controvertida estriba en determinar si, habiéndose producido el despido el 4 de junio de 1996 -como se ha indicado- y en un momento posterior (20 de septiembre de 1996) declarado judicialmente improcedente, y habiéndose declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la invalidez permanente absoluta del trabajador con efectos desde el 10 de julio de 1996 -es decir, en un momento posterior a la fecha de despido y anterior a la sentencia declarando judicialmente su improcedencia- el demandante tiene derecho a la mejora voluntaria concertada por la empresa para dicha contingencia. En este sentido hay que señalar que ésta es la única cuestión que se suscita en el recurso sin que en éste se plantee, ni para fundar la infracción denunciada, ni para establecer la contradicción, la eventual aplicación de la cobertura en función de la manifestación inicial de la enfermedad de la que deriva la incapacidad permanente, circunstancia que tampoco se recoge en los hechos probados de la sentencia recurrida.

TERCERO.- Entrando en el fondo del asunto, la recurrente denuncia la infracción del artículo 49.1-K EDL 1995/13475 en relación con la jurisprudencia que cita de esta Sala. Censura jurídica que debe acojerse porque, partiendo del presupuesto de que el despido disciplinario es el acto unilateral y recepticio, por el cual el empresario decide al extinción del contrato de trabajo, basado en el incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones por parte del trabajador, el artículo 49.1-k EDL 1995/13475 establece que "el contrato de trabajo se extinguirá por despido del trabajador", añadiendo el artículo 54.1 EDL 1995/13475 que "el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido...".

No se puede sostener que el despido no extingue el contrato, sino que tal efecto pende de lo que definitivamente se resuelva en la vía judicial. Esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sus sentencias de 7 EDJ 1990/11202 y 21 de diciembre de 1990 EDJ 1990/11890 -doctrina que se mantiene incidentalmente en la de 1 de julio de 1997 EDJ 1997/6306 - que han declarado que "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 del 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 EDL 1995/13475 y del artículo 3 del Convenio 158 de la O.I.T. y así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 3/1987 de 12 de marzo EDJ 1987/3 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 del despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular".

Por otra parte, también confirma esta tesis la nueva redacción del artículo 55 del Estatuto de los trabajadores que en su núm. 7 EDL 1995/13475 dispone que "el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo..."; lo que "a contrario sensu" significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido. Y la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (sentencia de 9 de diciembre de 1999 EDJ 1999/43434 , que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto.

No se opone a lo anterior la regla del punto cuarto del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 que dispone que "el empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente..... a los salarios de tramitación". Ya que esta regla es sólo aplicable a la Seguridad Social pública.

CUARTO.- Trasladado la anterior doctrina al presente caso ocurre que el despido se produjo el 20 de septiembre de 1996 y en esta fecha causó baja el actor en la póliza de seguros por no encontrarse en servicio activo, exigencia que requería dicho documento (hecho probado 7º); y siendo así que el despido se declaró improcedente con posterioridad, el 20 de septiembre de 1996, y la empresa optó por la indemnización, es claro, conforme a lo expuesto, que en este caso se mantuvo la extinción de contrato en la fecha del despido.

Por todo lo cual, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, se debe estimar el recurso, ya que la doctrina correcta es la mantenida en la sentencia de contraste.

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

## FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "H.,S.A.", contra la sentencia de fecha 1 de febrero de 1999, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Casamos y anulamos dicha sentencia. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de igual clase formulado por el actor y confirmamos la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid en autos promovidos por D. José contra "H., S.A." y "Seguros S., S.A." en reclamación de cantidad. Sin costas. Devuélvase a la empresa la cantidad consignada para recurrir, a la que se dará el destino legal. Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, 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. Luis Gil Suárez.- Aurelio Desdentado Bonete.- Víctor Fuentes López.- Antonio Martín Valverde.- Mariano Sampedro Corral.- Fernando Salinas Molina.- José María Botana López.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Juan Francisco García Sánchez.- Joaquín Samper Juan.- Jesús Gullón Rodríguez.- Arturo Fernández López.- Bartolomé Ríos Salmerón.- Jesús González Peña.

## VOTO PARTICULAR

Voto particular que formulan conjuntamente los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jesus Gullon Rodriguez y D. Bartolome Rios Salmeron a La Sentencia Dictada en el Recurso 1791/99.

PRIMERO.- 1.- En el supuesto enjuiciado, el actor fue declarado en resolución administrativa afecto de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común con efectos desde un día (el 10-VII-1996) correspondiente al período de devengo de los denominados salarios de tramitación, pues estaba tal día comprendido entre la fecha en la que la empresa le había comunicado su despido (4-VI-1996) y aquélla otra en la que, tras la firmeza de sentencia de instancia (fecha el 20-IX-1996) que lo declara improcedente, la empleadora había optado por la extinción indemnizada de la relación laboral (4-X-1996).

2.- La cuestión suscitada consistía en determinar si el referido trabajador tenía derecho al percibo de la indemnización que para los supuestos de incapacidad permanente absoluta constaba establecida en la empresa como mejora voluntaria de la acción protectora de la seguridad social.

3.- La sentencia mayoritaria parte de que lo fundamental debatido es determinar cuando se produce la extinción del contrato de trabajo en los supuestos de despido luego declarado judicialmente nulo o improcedente y, aplicando la doctrina de la Sala sobre esta materia estrictamente laboral, tras afirmar que el acto empresarial del despido extingue el contrato y que tal efecto no pende de lo que definitivamente se resuelva en la vía judicial, concluye que, como en la fecha de efectos de la declarada incapacidad permanente absoluta el contrato ya estaba extinguido, aunque el despido estuviera impugnado y luego hubiera sido declarado judicialmente improcedente, el trabajador incapaz no tiene derecho a la mejora cuestionada.

SEGUNDO.- 1.- Discrepamos de la sentencia mayoritaria por entender que se ha fundamentado en normas de estricto carácter laboral para resolver una cuestión relativa a las mejoras voluntarias de la acción protectora y a falta de previsión expresa en el pacto de establecimiento de la misma, en vez de acudir, como defendemos y tal como tradicionalmente se venía efectuado en tales supuestos, a la aplicación subsidiaria de la normativa de la seguridad social; al ser doctrina reiterada de esta Sala, que la sentencia mayoritaria no manifiesta querer abandonar o modificar, la de que las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social se rigen por las disposiciones o acuerdos que los han implantado, tanto en cuanto a su reconocimiento como en cuanto a la anulación o disminución de los derechos atribuidos a dichas prestaciones, pero en lo no expresamente previsto, deben regirse, en principio, por las propias normas del sistema de Seguridad Social (entre otras muchas, SSTS/IV 17-III-1997 -recurso 2817/1996 EDJ 1997/2042 , 20-III-1997 -recurso 2730/1996 EDJ 1997/1761 , 5-VI-1997 -recurso 4675/1996 EDJ 1997/3946 , 13-VII-1998 -recurso 3883/1997 EDJ 1998/17255 , 9-XII-1999 -recurso 4467/1998 EDJ 1999/44526 ).

2.- Durante el período coincidente con los salarios de tramitación, el trabajador al que la empresa le ha comunicado su despido y a los efectos de las prestaciones de la seguridad social siempre ha venido gozado de una indiscutida protección, considerándosele en situación de igualdad con el resto de trabajadores que permanecían prestando servicios efectivos en la empresa. Recordemos, entre otra, la jurisprudencia relativa a la denominada situación de mera baja indebida efectuada por la empresa antes de ser calificado definitivamente el despido ineficaz o antes de ser resuelta a instancia del trabajador la relación laboral existente entre las partes, que proclamaba que el trabajador que comienza la situación de ILT después de ser despedido, con baja en la Seguridad Social comunicada por la empresa,

estando pendiente un proceso de despido en el que, más tarde, la decisión empresarial es declarada nula o improcedente por sentencia judicial, constituye una situación equivalente al alta y debe abonarse por el INSS la correspondiente prestación económica (SSTS/IV 16-VI-1994 EDJ 1994/5408 , 3-X-1994, 17-I-1995 -recurso 905/1994 EDJ 1995/86 , 24-VI-1996 -recurso 2793/1995 EDJ 1996/5281 ).

3.- Coincidente con la anterior doctrina, -como se encarga de destacar la citada STS/IV 24-VI-1996 EDJ 1996/5281 , si bien no aplica el nuevo precepto legal por razones de temporalidad-, es la previsión introducida por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24-III en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , dedicado al despido improcedente, relativa a las obligaciones empresariales en materia de Seguridad Social durante el periodo comprendido, como regla, desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia que declare la improcedencia, preceptuando que "el empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad social durante el período correspondiente a los salarios a que se refiere el párrafo anterior" (art. 56.1.b.II ET EDL 1995/13475 ).

TERCERO.- 1.- Ante la falta de previsión expresa en el acuerdo de implantación de la mejora voluntaria cuestionada sobre la posibilidad de su reconocimiento cuando el hecho causante se produjera en período coincidente con el de los denominados salarios de tramitación, de aplicarse subsidiariamente las propias normas del sistema de Seguridad Social, la conclusión habría sido, al igual que acontecería con relación a las prestaciones de la seguridad social pública, el reconocimiento a favor del trabajador incapaz permanente absoluto del derecho a percibir la correspondiente mejora voluntaria establecida en la empresa para estos supuestos, por lo que el recurso debería haber sido íntegramente estimado.

2.- Entendemos, además, que la estimación debería haber sido plena, sin deducción u opción entre la indemnización a percibir por tal concepto de mejora con las percibidas en concepto de extinción contractual, pues a diferencia del criterio sustentado en STS/IV 9-XII-1999 (recurso 4467/1998) EDJ 1999/44526 y que no compartimos, tales indemnizaciones son plenamente compatibles al responder a finalidades totalmente diferentes y tender a paliar las consecuencias dañosas de actos distintos (despido ilegal y declaración de incapacidad permanente absoluta) que afecten al trabajador, tanto mas cuanto debe tenderse a conservar a favor del trabajador los beneficios de las mejoras voluntarias que pueda ir consolidando durante su permanencia en la empresa, pues forman parte de la compensación global al trabajo que ha prestado a favor de la empresa por cuenta ajena, e incluso, en otro orden de cosas, se está tendiendo a la articulación de fórmulas para evitar la pérdida de tales mejoras por cambio de empresa en cuanto dificulta el principio de libre circulación de los trabajadores.

Publicacion.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Arturo Fernández López así como el voto particular formulado por los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jesús Gullón Rodríguez y D. Bartolomé Rios Salmerón hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.