

¿Cuándo es firme la resolución administrativa declarativa de incapacidad permanente ante su revisión?: ¿Un “salto al vacío” para el empleador?¹.

Is legal the permanent disability declaratory administrative decision when it is repugn? A “leap into a void” for the employer?

INMACULADA BALLESTER PASTOR

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Resumen

Los efectos que una Resolución administrativa declarativa de derechos tiene sobre el contrato de trabajo del trabajador y las consecuencias de una actuación equivocada o fuera de plazo de la empresa ante aquella tienen que ver con saber delimitar exactamente cuándo tal Resolución administrativa resulta firme. Además, en el caso de la incapacidad permanente esa singular “falta de firmeza” alcanza un nivel de complejidad mucho mayor dado que la misma incapacidad permanente lleva aparejada su posible revisión, lo que ocasiona que se entienda se pueda prolongar la incertidumbre que podría rodear la decisión de la empresa acerca de si debe o no extinguir entonces el contrato de trabajo. El análisis del conflicto que en la sentencia comentada se debate conduce a concluir en que resulta necesario adaptar la normativa existente para poder otorgar una seguridad jurídica mayor a las empresas, puesto que a éstas se les excluye de poder participar en el proceso de declaración de la incapacidad permanente. Y ello ocurre a pesar de quedar éstas afectadas “indirecta pero esencialmente” por la declaración del estado de incapacidad de su empleado. El mentado comentario pretende, también, indagar acerca de cómo debería solventarse el complejo panorama que se le presenta a la mercantil afectada ante una Resolución administrativa impugnada, panorama en el que no se cuestiona la capacidad laboral residual del afectado sino estrictamente el momento en el que debe o puede la empresa poner fin a la relación laboral ante la posible revisión de la incapacidad permanente ya declarada por el INSS.

Abstract

The effects that an declaratory administrative decision has on the employment contract and the consequences of a wrong action or out of term of the company is connected with knowing when this decision is legal. In addition, in case of the permanent disability the problem is more complicated because the same permanent disability ready ride his possible review, and this situation causes that the employer could extend the uncertainty that might surround the decision of the company to put end the employment contract. The study of the conflict that in the commented judgment is debated drives to concluding in that it turns out necessary to adapt the existing regulation to be able to grant a juridical safety bigger than the companies, since these are excluded of being able to take part in the process of declaration of the permanent disability. And it happens in spite of affected these stay "essentially" for the declaration of the condition of disability of his employee. The mentioned comment tries to investigate, also, it brings over of how there should be settled the complex scene that appears to the mercantile one affected before an administrative opposed Resolution, scene in the one that does not question the labor residual capacity of the affected one but strictly the moment in the one that has to or can the company put end to the labor relation before the possible review of the permanent disability already declared by the INSS.

Palabras clave

Incapacidad permanente, Resolución administrativa, INSS, extinción del contrato de trabajo, suspensión del contrato de trabajo, revisión, impugnación, Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia, impugnación, Jurisprudencia, Resolución declarativa de derechos.

Keywords

Permanent disability, administrative decision, INSS, employment contract extinction, employment contract suspension, review, challenging, Supreme Court, Top Court of Justice, challenging, Jurisprudence, declarative decision of rights.

¹ Comentario al hilo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de la Comunidad Valenciana, de 6 de febrero de 2015, número de recurso 3045/2014.

1. EL OBJETO DE DEBATE: EL SUPUESTO DESPIDO IMPROCEDENTE DEL TRABAJADOR OPERADO POR ACTUAR LA EMPRESA ANTE TEMPUS

La sentencia de instancia frente a la que presenta recurso de suplicación la empleadora estima en favor del trabajador la demanda planteada por éste, un trabajador encuadrado en el Régimen general y víctima de un accidente de trabajo a quien, tras haber percibido la oportuna prestación de incapacidad temporal, se le reconoció, primero, en situación de incapacidad permanente parcial, y posteriormente, pasó a ser pensionista de incapacidad permanente total. En tal demanda solicitaba el accionante se declarara la improcedencia de su despido. Según la versión del trabajador, su empleadora había prescindido de él de forma inapropiada una vez ésta recibiera la comunicación del INSS a través de la que se le informaba que había sido reconocido como beneficiario/pensionista de la prestación de Incapacidad permanente total, cuando la mercantil debió haber esperado a que tal Resolución tuviera el carácter de firme. A juicio del empleado, la IPT no podía determinar el que, automáticamente, su contrato finalizara dado que en ese momento dicho reconocimiento podría ser objeto de revisión posteriormente; de hecho, la Mutua responsable del pago de la prestación interpuso demanda contra tal Resolución aunque la misma fue posteriormente desestimada por Auto judicial. En definitiva, sostenía el demandante, la actuación de la empresa le habría hecho perder la posibilidad de recuperar su puesto de trabajo, y había tenido lugar un despido que debía calificarse como improcedente. Juntamente a la anterior petición alegaba el trabajador que el período trabajado debía computarse no desde que entrara a trabajar con la última mercantil sino desde que se iniciara su vinculación contractual con la anterior empresa, al entender que ambas formaban un grupo de empresas, motivo por el que la demanda se extiende a dos mercantiles y las responsabilidades en la sentencia de instancia finalmente se declaran solidariamente respecto de ambas empleadoras.

Como ha quedado señalado, tras la Resolución declarativa de IPT del beneficiario ésta fue efectivamente impugnada por la Mutua responsable del pago pero tras ello aquella fue reconocida como firme por Auto y esto último sucedió antes de que se pronunciara la sentencia de instancia acerca de la procedencia o improcedencia del despido. Por todo ello, el trabajador a la fecha de la celebración del juicio era ya beneficiario de la pensión de IPT – con efectos incluso previos a la fecha de la extinción de su contrato– pues había fracasado la impugnación impulsada por la Mutua. Así las cosas, la reclamación judicial continuó su curso y el accionante solicitaba que la decisión de la empresa –adoptada meses atrás– fuera en aquel momento constitutiva de despido improcedente, y ello aun dándose la circunstancia de que, entonces, era ya conocido que el trabajador no podría incorporarse al puesto de trabajo de origen. Al respecto, debe señalarse que no fue objeto de controversia la inexistencia de un puesto de trabajo apropiado y compatible con la capacidad laboral disminuida del trabajador en la empresa, no constando que tal posibilidad fuera solicitada en modo alguno por el demandante y sí constando la comunicación de la empresa en la que se hacía partícipe al trabajador accionante de tal circunstancia.

La sentencia de instancia da la razón al ya pensionista y reconoce la improcedencia del despido argumentando, en suma, que en el momento en el que la empresa adoptó la decisión de extinguir el contrato la Resolución del INSS no era todavía firme. Acoge tal

pronunciamento la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a fecha de 17 de noviembre de 2009² y del Alto Tribunal de 28 de enero de 2013³, así como la contenida en la STS de 19 de octubre de 1993⁴, según la cual, sostiene el pronunciamiento de instancia, la extinción del contrato una vez declarada la incapacidad permanente total solamente puede llevarse a cabo cuando exista firmeza de la Resolución dictada, por lo que habiendo la empresa extinguido el contrato *ante tempus* tal extinción debía considerarse despedido improcedente⁵.

Frente a tal sentencia interponen ambas mercantiles sendos recursos de suplicación interesando éstas el que la carta de la última empleadora dirigida al trabajador constituyera válida extinción del contrato, en aplicación del art. 49.1.e) ET, y no despedido improcedente al entender que, tras la comunicación del INSS a la mercantil, ésta no tenía más opción que proceder entonces a la extinción del vínculo contractual. Básicamente mantienen ambas mercantiles demandadas que el carácter firme de la Resolución se deduciría a partir de la comunicación suministrada por la Entidad Gestora, y más cuando la empleadora no pudo ser concedora de la impugnación de la Resolución del INSS operada por la Mutua responsable del pago de la prestación. La sentencia de la Sala que comentamos estima el recurso de ambas mercantiles y fallando a favor de la válida extinción del contrato de trabajo revoca la sentencia de instancia. Argumenta la Sala que la comunicación realizada por parte del INSS y la repercusión que esta comunicación tiene sobre la suspensión y/o extinción del contrato de trabajo faculta a la empresa para que pueda decidir acerca de si corresponde o no la resolución del vínculo contractual.

El mentado pronunciamiento resulta relevante porque supone un ejemplo de la inseguridad ante la que se pueden llegar a enfrentar las empresas cuando deciden poner fin a la relación laboral tras la declaración de invalidez de uno de sus trabajadores si concurre revisión o impugnación sobre tal Resolución.

2. EL PROBLEMA CONCEPTUAL: ¿CUÁNDO ES FIRME LA RESOLUCIÓN DEL ENTE GESTOR?, ¿DEBE RETRASAR LA DECISIÓN EXTINTIVA LA EMPRESA HASTA LA OBTENCIÓN DE LA FIRMEZA?

El tema que, en definitiva es objeto de debate se ciñe básicamente y en estado puro a resolver la siguiente cuestión: ¿Cuándo resulta que una Resolución de reconocimiento de Incapacidad permanente emitida por el INSS resulta firme? Y, más en particular, ¿cuándo resulta que una Resolución del INSS declarativa de derechos, en nuestro caso declarativa del

² RJ 2009, 7758, nº rec: 825/2009.

³ RJ 2013, 4116, nº rec: 149/2012. Se trata este pronunciamiento de un RCU pero en él se sustancia acerca de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despedido una vez declarado que procedía la reincorporación del trabajador en la empresa y tras haberse negado la mercantil a la misma. Se concluye en ella que la condena a la empresa debe limitarse a la indemnización ante la imposibilidad de readmitir.

⁴ Tales pronunciamientos, como se señalará posteriormente acogen el hecho de que la Resolución administrativa del INSS no es firme si ésta ha sido objeto de impugnación pero no concluye ni elabora el Alto Tribunal una doctrina (en RCU) que resuelva si, efectivamente, ante la impugnación judicial de la Resolución, el despedido se ha de entender es siempre improcedente, conclusión que es a la que llega la sentencia de instancia.

⁵ Al respecto, sostiene igualmente la sentencia de instancia que, al resultar imposible la readmisión del trabajador el despedido solamente puede tener la condición de improcedente, por lo que no procede la declaración de nulidad ni el pago de salarios de tramitación. Vid, sobre el particular, la STS de 11 de mayo de 1994 (RJ 5355, 1994) en la que se admite que, cuando una empresa extingue un contrato sobre una declaración de invalidez no firme éste constituye un despedido, aunque sin condenar al pago de los salarios de tramitación.

derecho a la percepción de una pensión –en principio incompatible con el trabajo–, la IPT, resultaría ser firme y, por tanto, justificaría que la empresa decidiera extinguir un contrato, en su caso?.

Para resolver esta cuestión hemos de traer a colación disposiciones de carácter laboral (art. 49.1.c) y 48.2º ET), disposiciones del derecho de la seguridad social, tanto legales como de carácter reglamentario (art. 143 LGSS, RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la seguridad social la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y la OM de 18 de enero de 1996), y disposiciones de ámbito procesal (singularmente el art. 71 y art. 146 LRJS), cuya puesta en conexión no ha resultado en la práctica excesivamente fácil.

Efectivamente, desde un punto de vista conceptual hemos de diferenciar que, una vez declarada una situación de IPT podemos encontrarnos con dos procesos de revisión bien distintos: el primero de ellos consiste en la revisión en la que se insta que se revoque la Resolución misma por parte del mismo Ente Gestor (excepcionalmente, por autotutela) o por parte del beneficiario, o por parte de quienes se pueden ver afectados por la misma, cuando se entienda que esta Resolución adolece de vicios que lo permiten. Incluso puede instar dicha revisión la misma Mutua, que puede ser la obligada al pago si el riesgo tiene carácter profesional. En tal caso debe llevarse a cabo una primera solicitud de revisión ante el mismo órgano a través de reclamación administrativa previa y después cabe también que se sustancie ésta (si es desestimada) ante el Juzgado de lo Social.

Pero, junto a esta revisión nos encontramos con que la misma definición de la Incapacidad permanente (ex. art. 136 LGSS) habla de que la invalidez permanente puede ser, habiendo sido declarada de forma válida, revisable, en cuanto que posteriormente puede cambiar la capacidad laboral residual del beneficiario, lo que permitiría instar su revisión. Entra en juego, entonces, el proceso de revisión propio o específico de la incapacidad permanente, que es el que se regula en el art. 143 LGSS.

Así pues, se habla de dos tipos de revisiones, aunque la LRJS, en su art. 146 y la LGSS en su art. 143 LGSS hablen de la palabra misma palabra “revisión”. En un caso se contempla la revisión del acto de la entidad gestora y en el otro se alude a la revisión del acto no de concesión del derecho sino de declaración de invalidez o el grado de incapacidad del sujeto⁶. Como señala el Tribunal Supremo: (...)” no se trata de que el INSS vuelva sobre su propia resolución sino que previo nuevo examen del estado patológico, se dicta nueva resolución; no se trata de revisión de un acto de la entidad gestora declarativo de derecho, sino del examen de una situación nueva con lo que resulta que la revisión opera no sobre el acto de la entidad gestora que declaró la incapacidad sino sobre la nueva situación patológica del trabajador, que incide sobre su capacidad laboral en el ulterior momento y que es distinta de la anteriormente calificada (...)”⁷.

⁶ Vid. STS de 9 de junio de 1994 (RJ 1994, 5414), Ponente: Leonardo Bris Montes y de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 8557), Ponente: D. Miguel Angel Campos Alonso.

⁷ STS de 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7302), Ponente: D. Juan Antonio Linares Lorente.

2.1. La revisión del acto administrativo en sí mismo considerado

Así las cosas, la “revisión del acto” posibilita la impugnación del acto administrativo en sí mismo considerado –a través de la inicial reclamación administrativa previa (arts. 71 y 146 LRJS)– y tiene lugar a instancia del mismo órgano gestor o de otros sujetos interesados, de forma que cabría que fuera la misma Mutua, como ha ocurrido en el supuesto que comentamos, la que solicitara tal revisión. Al respecto debe recordarse que la revisión cabe incluso en régimen de autotutela, es decir, puede iniciarse por la misma Entidad Gestora que ha emitido la Resolución (INSS) aunque ésta es válida solamente en supuestos tasados, debiendo acudirse a tal posibilidad sólo con criterios restrictivos. Y han sido numerosos los estudios doctrinales destinados a analizar de forma específica cuándo es lícita la revisión de los actos declarativos de derechos emanados de las propias Entidades Gestoras⁸, y cuándo, en definitiva corresponde a las mismas Entidades Gestoras volver y resolver sobre lo ya resuelto en un complejo expediente administrativo. A día de hoy, tal cuestión queda regulada en el art. 146 LRJS que se dedica a la revisión de los actos declarativos de derechos y que, para proteger al beneficiario, prohíbe tal revisión cuando se realice en su perjuicio, aunque tal revisión sí procede cuando el objetivo del Ente Gestor sea conseguir para éste un resultado neutral. Sí cabrá pues, *a sensu contrario*, la misma cuando se efectúe para que mejore la situación del beneficiario, lo que deberíamos entender ocurre cuando –en sentido inverso a lo que entenderíamos es un “beneficio”– no existe una evolución positiva de la salud del afectado, es decir, sólo cabría que actuara la Entidad Gestora en caso de empeoramiento o detectando un grado de invalidez antes inexistente o ahora más elevado. La misma finalidad que perseguiría el beneficiario instando la mentada revisión.

Pero, curiosamente, la impugnación de la Resolución del INSS por parte de la Mutua obligada al pago sí podría suponer una revisión de la declaración del derecho del beneficiario que opere en perjuicio del asegurado pues la Mutua obligada al pago perseguiría precisamente la pérdida de la pensión o de la indemnización reclamada. Además de ello, incluso el art. 146.2º LRJS deja abierta la posibilidad de que la Entidad Gestora excepcionalmente pueda revisar de oficio sus propios actos, aún en perjuicio del beneficiario –pudiendo llegar a alterar en nuestro caso el grado incapacitante ya declarado–, aunque ello puede ocurrir sólo cuando tal revisión tenga por finalidad: a) rectificar errores materiales o de hecho y los aritméticos, o b) corregir omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario. Así las cosas, tanto cuando opere la revisión de oficio por la misma Entidad Gestora o cuando ésta se inste por la Mutua para conseguir la pérdida del grado de la IP podría verse alterado el derecho ya reconocido para el trabajador, lo que, en términos de vigencia o no del contrato de trabajo podría significar que, el que se activara esta revisión del acto podría permitir el que el trabajador afectado pudiera tener que necesitar recuperar su puesto de trabajo si tal revisión del acto prospera: ¿es, pues, esta Resolución administrativa “firme” en este momento aunque se haya impugnado por el mismo Ente Gestor o por la Mutua?

⁸ Absolutamente indispensable resulta, a tal efecto el estudio pormenorizado y completo que lleva a cabo GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO, en Revisión de oficio de sus actos por los órganos de la Seguridad Social. Alcance y límites (Un recorrido jurisprudencial por un laberinto: ¿dónde está la salida?), en AAVV, Aspectos complejos en materia de seguridad social, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 408 y ss.

Si la firmeza significa el que el resultado de la revisión administrativa y judicial del acto tuviera efectos “ex tunc” implicaría que se retrotraerían los efectos del acto al momento de su origen, lo que haría que el despido del trabajador, de haberse producido, sería nulo, con todas las consecuencias a ello aparejadas. No obstante, parece que las sentencias en estas situaciones abogan más bien porque, ante la falta de readmisión del trabajador, se determine la improcedencia del despido al no poder conseguir una retroacción absoluta de las actuaciones ya realizadas por el empleador. Lo relevante es, pues, que los pronunciamientos judiciales no resuelven si la solución adoptada por la empresa fue válida o no en ese momento sino que resuelven qué hacer cuando la empresa se niega a la readmisión si se ha revisado la IP y el trabajador puede y debe volver a trabajar⁹.

Pero ello no permitiría concluir el que, efectivamente, en estos casos quede claro que la decisión de la empresa de extinguir el contrato resulte inapropiada, y, por tanto, deba esperar la empresa, ante la impugnación (administrativa y/o judicial) de la Resolución, hasta que ésta se sustancie¹⁰. Por el contrario, si bien perviviría el derecho del trabajador al reingreso si es revocada la Resolución del INSS en perjuicio de sus intereses ello no supondría que la empresa deba esperar a extinguir el contrato y comprobar si la Resolución administrativa del INSS ha sido efectivamente impugnada en vía administrativa, primero, y en vía judicial después. Se trataría, pues, de evitar un posible perjuicio al trabajador en caso de posible negativa de la empresa a la readmisión pero ello no significaría que el trabajador tiene un derecho creado a mantener el suspenso de su contrato de trabajo solamente por encontrarse con una Resolución administrativa que como acto en sí mismo ha sido recurrida.

Lo mismo ocurre si es el trabajador el reclamante de un grado mayor de IP o es el trabajador quien pide la declaración de una IP que imposibilite la compatibilidad de la misma con su trabajo habitual (habitualmente IPT), pues tampoco entonces quedan, en modo alguno, paralizados, los efectos de la Resolución administrativa así declarada. Debe recordarse también que, como han declarado en numerosas ocasiones los Tribunales, la Resolución administrativa declarativa de derechos respecto al asegurado “causa estado”¹¹ por lo que la misma no puede dejarse sin efecto más que accediendo a la jurisdicción competente para ello: una solución diferente generaría un alto grado de inseguridad jurídica.

Abundando en todo ello si finalmente, por lo demás, ocurre que la sentencia judicial finaliza estimando la impugnación y rebajando el grado de incapacidad reconocido o eliminando la declaración de incapacidad permanente tal pronunciamiento tiene una eficacia “ex nunc”, pero también “ex tunc” es decir, operaría trasladando sus efectos al momento en que se adoptaron todas las consecuencias derivadas de la declaración de IP, pero el efecto

⁹ Vid, así, por ejemplo, la STS de 13 de junio de 1988 (RJ 1988, 5277), en la que se concluye con el derecho del trabajador a ser readmitido. Esta doctrina es, también, previa al actual art. 48.2º ET redactado tras la reforma operada en el año 1994.

¹⁰ GONZALEZ DE LA ALEJA, R., en: *La Incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Madrid, Bomarzo, 2006, p. 119, entiende, por el contrario, que cuando la Resolución administrativa fuera recurrida debería entenderse que el contrato de trabajo sigue suspendido, e igualmente pervive el derecho del trabajador a ser reingresado en su puesto de trabajo de origen.

¹¹ STC 12/1989, de la Sala Segunda, de 25 de enero (BOE del 20 de febrero y de 19 de abril), Ponente: D. Angel Latorre Segura. Señala tal pronunciamiento que: (...) “la declaración de un derecho a favor de una persona determinada causa estado y no puede unilateralmente dejarse sin efecto, sin perjuicio de la seguridad jurídica y de la posibilidad de acudir al orden jurisdiccional social impugnando la resolución, cuando existe causa para ello” (...).

“ex tunc” no afectaría la posible extinción del contrato de trabajo, consecuencia ésta que parece algo absurda, ya que la expresión “ex nunc” y “ex tunc” son contradictorias, por lo que difícilmente podrían coexistir en un mismo acto judicial, que ha de resultar nulo desde que fue emitido o válido y es inmediatamente ejecutivo.

En tal caso, la dificultad viene impuesta por la imposibilidad de hacer cumplir la sentencia hasta llegar a evitar los efectos perniciosos de una IP declarada que en origen no fue válida. Estos efectos perniciosos se detectan claramente porque el trabajador –aparte de las cuestiones que podrían tener que ver con la devolución de los ingresos indebidos– tendría que volver al trabajo y, por tanto, estaría en situación de solicitar a la empresa la vuelta al trabajo y, por tanto, ser nuevamente contratado, cuando ya incluso la empresa pueda haber contratado a otro trabajador para suplir el puesto del trabajador declarado en IP.

Para solucionar este problema los Tribunales entendieron que, revocada la IP si el trabajador pide el reintegro en la empresa ésta debe proporcionarle este puesto de trabajo, y, si no lo hace debería abonar al afectado indemnización por despido improcedente; no obstante, esta declaración del despido improcedente no llevaba aparejado el pago de los salarios de tramitación, al tratarse de una cuestión que no podía ser achacable a culpa de la empresa¹². Y en este sentido la doctrina judicial había venido declarando que, ante esta situación procedía la declaración de la improcedencia del despido. No obstante, deberíamos matizar que esta solución la ofrecían los Tribunales solamente en los supuestos en los que la empresa denegaba la posible incorporación del afectado en la empresa tras la revocación de la IP previamente declarada, por lo que no debiera trasladarse a las situaciones en las que realmente no se pone en peligro la situación del afectado¹³, supuesto que es precisamente el que concurre y el que se resuelve en la sentencia comentada.

A raíz de esta interpretación se hablaba de que tales Resoluciones administrativas no eran firmes, en el sentido de que, aún con plena eficacia, podían exigir que la empresa readmitiera al trabajador si quedaban revocadas en sí mismas; pero, se insiste, ello solamente se producía porque los Tribunales protegían al trabajador afectado por la Resolución revocada y lo protegían para evitar que la empresa pudiera negarse a su reincorporación tras la “revisión del acto”. Lo anterior significaba que los Tribunales hablaran en este caso de una Resolución administrativa “no firme”, terminología que ha causado no poca confusión en la materia y que no debería concluir en la afirmación de que los Tribunales abogan absolutamente porque el efecto extintivo del contrato no se produzca automáticamente ante una impugnación de la Resolución administrativa. Tal conclusión no queda, pues, clara, en absoluto. Lo único que sí debería concluirse es que, en esta situación –aunque se sobrepasen los dos años que se exigen si la revisión se insta vía art. 143 LGSS– la empresa debiera readmitir al trabajador, lo que no implica tampoco, como señalábamos más arriba que, ante una mera impugnación por parte de la Mutua, ello convirtiera la decisión extintiva empresarial en inadecuada, y ello aparejara, por sí misma, el que el que el trabajador había sido despedido improcedentemente. Sobre todo cuando no se hace partícipe a la empresa de la posible impugnación operada por la Mutua, supuesto que es el que aquí acaece.

¹² Vid, al respecto STS de 11 de mayo de 1994 (RJ 5355, 1994)

¹³ Es esta también la postura que mantiene la doctrina. Vid, al respecto, GOERLICH PESET, J.M., La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, en Tribuna Social, nº 61, 1996, p. 62.

Así pues, en estas circunstancias no cabría entender siempre a efectos meramente conceptuales que se paralizaran los efectos de la Resolución administrativa en el momento de su pronunciamiento: ésta sería, desde el momento de su comunicación a los afectados, firme. Podríamos encontrarnos con que, posteriormente, esta Resolución pudiera ser revocada por la sentencia del Juzgado pero los efectos de la misma sobre el contrato de trabajo entonces serían plenos, y cabría, por tanto, una extinción válida del contrato de trabajo, a pesar de que existiera una impugnación, justificada o no, de la Resolución por parte de la Mutua – supuesto que es el que ocurre en la Sentencia que comentamos–. Son pues, las Resoluciones declarativas de derechos, en su origen, firmes, aunque puedan dejar de serlo posteriormente si son revisadas y revocadas vía judicial. Y por tanto, “causan estado” en el asegurado, lo que tiene su traslación directa en la decisión de la empresa en el momento mismo en que son comunicadas al ente empleador.

Todo lo anterior dificulta que podamos entender que, con carácter general la Resolución administrativa impugnada por la Mutua exija que la empresa deba suspender el contrato y no extinguirlo hasta que se sustancie la misma primero vía administrativa y después vía judicial, lo que no significa el que, si tras la mentada revisión el trabajador deba recuperar su puesto de trabajo –y sin atender a criterios temporales que sí vienen impuestos en la revisión instada vía art. 143 LGSS– y si tal declaración es revocada, éste recupere su puesto de trabajo.

2.2. La revisión del estado incapacitante por evolución médica

Junto a lo anterior nos encontramos con la **revisión dinámica de la declaración del estado del enfermo**, susceptible de ser activada como consecuencia de la posible evolución de la enfermedad o de la evolución de las lesiones determinantes del grado de incapacidad permanente reconocido (art. 143 LGSS, 7º RD 1300/1995 en relación con el art. 48.2º ET)¹⁴. Solamente esta otra revisión –previsiblemente definitiva o no– permitiría el que, de forma absolutamente excepcional debiera la empresa mantener la suspensión del contrato de trabajo del trabajador declarado en situación invalidante¹⁵.

Además de una posible confusión conceptual entre ambos tipos de revisión del acto administrativo en sí mismo cuando se reconoce la IPT o IPA, en su caso, los problemas operativos que se ciernen sobre la regulación legal y reglamentaria de estas revisiones tienen que ver con el hecho de que, según la literalidad de la norma y según ha venido interpretando la doctrina judicial, la empresa no aparece en el proceso de reconocimiento de la declaración de IPT pues no se ha considerado como sujeto interesado en la misma, a no ser que resulte finalmente responsable del pago de ésta vía falta de ingreso de cuotas (art. 126 LGSS) o vía imposición del recargo de prestaciones (art. 123 LGSS). Y ello a pesar de que ello ha sido duramente criticado por la doctrina acreditada, quien viene manteniendo que, contrariamente

¹⁴ Vid. ROMÁN VACA, E., El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, y ALVAREZ PATALLO, J.A., El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente, Granada, Comares, 2005.

¹⁵ Señala al respecto MORALES ORTEGA, J.M., en Notas sobre los efectos suspensivos de la incapacidad permanente, Actualidad Laboral, nº 34, 1999, p. 648, que: (...)“En consecuencia, hay que admitir que la IP, en nuestro ordenamiento, está causalizada en unas lesiones que, en principio, se presumen definitivas e irreversibles, pero que el hecho de que se prevea, por ejemplo, su mejoría, no afecta a su calificación y, a la postre, a sus efectos”. (...)

a lo que señala la norma y han venido interpretando los Tribunales, debería darse entrada a la mercantil para que tuviera conocimiento del estado de las actuaciones en materia de incapacidades pues concurrirían en ella una serie de efectos indirectos o reflejos que facultarían su legitimación en el proceso de declaración y, en su caso, de revisión de la incapacidad permanente¹⁶. De hecho, el supuesto aquí debatido es una buena muestra de que quizá con una mayor implicación de la mercantil en el proceso la empleadora tendría más capacidad incluso para argumentar la justificación adecuada de su decisión extintiva.

Así pues, una vez ha concluido el procedimiento al que alude el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la seguridad social la Ley 42/1994, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, normativa desarrollada por la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996¹⁷, se emite la Resolución del INSS en la que se declara el grado incapacitante del sujeto cuya valoración de salud ha sido realizada por el equipo médico asignado a tal fin por la Entidad Gestora¹⁸. Pero finalizado este proceso cabe que se lleve a cabo la revisión del grado de tal IP. Resulta, entonces, aplicable el art. 143.2º LGSS que contempla y distingue dos plazos de tiempo distintos para poder instar la mentada revisión, según si el pensionista estuviera ejerciendo o no cualquier trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, y en atención a si la revisión se insta por agravación o mejoría del estado invalidante profesional o por error de diagnóstico. Solamente en este segundo caso –supuesto error de diagnóstico– o cuando el afectado trabaje por cuenta ajena o propia la revisión puede realizarse sin someterse a plazo alguno, es decir, en cualquier momento. Por el contrario, la revisión que tenga por finalidad comprobar la posible agravación o mejora del estado de salud del pensionista debe esperar a que transcurra un plazo de tiempo fijado, el que la misma Resolución del INSS ha debido especificar en el momento de la declaración de IP, de forma que la misma permanencia de la IP no resultaría realmente ejecutiva si no se acude a lo que dictamine la misma Resolución que declara el grado de invalidez del afectado.

El motivo de tal espera reside en la necesidad de ajustar y adecuar las revisiones, habiendo considerado el mismo Tribunal Constitucional (STCo 205/2011, de 15 de diciembre) que tal espera para proceder a la revisión por agravación o mejoría del enfermo es razonable para dotar a las resoluciones firmes de cierta estabilidad, pues una revisión permanente, ilimitada e incondicionada, sobrecargaría los servicios administrativos y los órganos judiciales implicados, lo que provoca el que, en la práctica a menudo se resuelva en los Tribunales acerca de la adecuación de un grado de invalidez declarado en un momento temporal diferente cuando ya el pensionista se encuentra en plazo nuevamente para instar otra revisión del grado de IP declarado previamente¹⁹.

¹⁶ Sobre el particular, Vid. RABANAL CARBAJO, P., El papel de la empresa en la declaración de incapacidad permanente, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 69, p. 175 y ss.

¹⁷ Vid, al respecto igualmente la Resolución de 22 de marzo de 1996, de la Secretaría general de la Seguridad Social, constituye equipos de valoración de incapacidades en determinadas Direcciones Provinciales del INSS, y la Resolución de 16 de junio de 1997, del INSS, donde se regula el abono de los gastos causados por las comparencias exigidas por el Equipo de Valoración de incapacidades.

¹⁸ Vid. BANDERA GALLEGOS, J., El procedimiento administrativo de declaración de invalidez en el RD 1300/1995, de 21 de julio, Relaciones Laborales, 1995-II.

¹⁹ Vid. al respecto OLARTE ENCABO, SOFÍA, El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de Incapacidad permanente. Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2011, de 15 de diciembre, Temas Laborales, nº 116, 2012.

De tal forma que si el pensionista está en activo o también si se ha producido un error de diagnóstico el propio INSS de oficio o a instancia del propio interesado puede promover la revisión (médica o dinámica) en cualquier momento o *sine die*, pero si no es así la revisión deberá esperar o estará condicionada al respeto de los plazos que consten en la misma Resolución, inicial o de revisión, del INSS.

Y, así las cosas, es a esta posibilidad de revisión –por mejoría o por agravación– a la que se refiere el art. 48.2º ET cuando permite, de forma absolutamente excepcional el que, una vez declarada la situación incapacitante de un trabajador, y extinguida también previamente la IT, si a juicio del órgano calificador, la situación del trabajador se entiende que pueda ser objeto de revisión por mejoría, de forma que en ese momento pueda llegar a entenderse como posible o probable que éste se incorporaría al trabajo antes del lapso temporal de dos años, y subsistiría la vinculación contractual del trabajador, de forma que, en lugar de extinguirse la relación laboral ésta quedaría suspendida solamente hasta el plazo que apareciera consignado en la Resolución del INSS. Continúa igualmente señalando a tal fin el art. 7º del RD 1300/1995, de 21 de julio, que la subsistencia de la suspensión de la relación laboral solamente se producirá cuando en la Resolución se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado igual o inferior a dos años. E igualmente obliga el art. 7º que, en este caso se debe dar traslado al empleador afectado de la Resolución dictada por el INSS, debiéndose entender que, en todo caso, corresponde al Ente gestor el cumplimiento finalístico de la mentada obligación. De manera que, al tratarse el supuesto suspensivo del contrato de trabajo de una situación absolutamente excepcional, no puede preverse o ser prevista por la empleadora más que, cuando, a través de la preceptiva comunicación a realizar por el INSS a la empresa conste de forma clara que el plazo para instar la revisión es inferior a 2 años, y que, por tanto, procede suspender y no extinguir el contrato de trabajo del interesado.

Sucede pues que, transcurrido el plazo de dos años, los Tribunales vienen entendiendo que ya no procede exigir a la empleadora que readmita al trabajador, por lo que, cuando la misma Entidad Gestora estableciera un plazo inferior a los dos años para llevar a efecto tal revisión, si ésta no fuera revisada en tal plazo ello repercutiría sobre el Ente Gestor quien debería asumir la responsabilidad de su inoperancia o del retraso en su actuación, lo que, en definitiva, significa otorgar un papel relevante a la Entidad Gestora, cuya intervención resulta clave en el proceso y debe servir para revestir de validez a los actos de la empleadora cuando se vea comprometida la pervivencia del vínculo²⁰.

²⁰ Vid. FJ 3º STSJCIV de 6 de febrero de 2015 donde se remite a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 2013 (RJCA 2013, 354).

Sobre el particular existe un elevado grado de conflictividad:

Vid, también, al respecto: RIVAS VALLEJO, P., Provisionalidad del reconocimiento de indemnizaciones vinculadas a declaraciones de incapacidad permanente revisable, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº67, 2013, y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 7, 2009.

3. LA REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECLARATIVO DE LA IP: LA DOCTRINA JUDICIAL APLICABLE

También ha interpretado el Tribunal Supremo que el art. 49.1.e) en relación con el art. 48.2º son preceptos que deben ser entendidos en sentido finalístico, trayendo a colación igualmente el tenor literal del art.143 LGSS. Y tal doctrina, como expresamente se argumenta en la Sentencia de la Sala que comentamos, se deduce de las relevantes Sentencias del Alto Tribunal de 28 de diciembre de 2000²¹ y de 31 de enero de 2008²², distinguiéndose entre lo que sería una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral, de una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral, que sería la única a la que se refiere el art. 48.2º ET²³, siendo éste el único supuesto en el que cabría entender que deba la empresa mantener en suspenso la relación laboral, lo que *a sensu contrario* significaría que cualquier otra revisión instada no generaría el efecto suspensivo sino extintivo de la relación de trabajo²⁴. Y es ésta precisamente la conclusión a la que llega la STSJ que comentamos y en la que se finaliza señalando que la Resolución del INSS en los términos en los que ésta había sido comunicada por parte de la empresa se efectuó de acuerdo con lo previsto en el art. 143.2º LGSS, de forma que resultó ésta totalmente ajena a los supuestos que el art. 48.2º ET regula, de forma que dado que la vinculación con el supuesto suspensivo relatado en el art. 48.2º ET no podía llevarse a cabo por mor de lo dispuesto en el art. 143 tampoco cabría sino entender que, por aplicación del art. 49.1.e) ET, y habiendo sido declarada la situación de IP por parte del INSS, la empleadora debe proceder a la extinción del contrato a lo que está facultada por posibilitarlo así el precepto estatutario (FJ 2º TSJ CV de 5 de febrero de 2015).

²¹ Nº de recurso 646/2000.

²² Nº de recurso 3812/2006.

²³ Señala así literalmente la STS de 28 de diciembre de 2000 que: “el art. 48.2º ET en su redacción actual ha introducido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente en aquellos supuestos en que “la declaración de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al puesto de trabajo”. Tal situación constituye una especialidad importantísima respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de invalidez que se contiene en el art. 143.2 de la LGSS, puesto que, mientras en este precepto se limita a reconocer como principio general que toda invalidez es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de la situación, previendo la fijación de un plazo no vinculante a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes, en el art. 48.2º ET se parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, en situación que no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el art. 143 LGSS. Esta doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral (cual sería la general del art. 143) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral (que sería la del art. 48.2º 2 ET que obliga a la empresa a mantener en suspenso la relación laboral sin posibilidad de extinguirla).”

²⁴ Añade a lo anterior la STS de 31 de enero de 2008 que: “La situación que prevé el art. 48.2º del ET es la contraria, en cierto sentido, a la del art. 143.2º de la LGSS. En el art. 48.2º, en razón precisamente de la probabilidad de la mejoría del interesado, la revisión se ha de efectuar necesariamente en los dos años siguientes a la resolución que reconoció la invalidez permanente, lo que supone que a partir del cumplimiento de esos dos años la revisión que se pueda hacer efectiva, ya no tiene nada que ver con este art. 48.2º, pues es totalmente ajena al mismo. En cambio, en el art. 143.2º de la LGSS la revisión no se puede realizar en el tiempo inmediato posterior a la resolución del INSS, sino después de que se haya cumplido el plazo señalado en tal resolución, es decir, a partir del vencimiento del mismo”. (...)

4. CONCLUSIÓN: ¿UN AMBIVALENTE CRITERIO JUDICIAL?: ¿CÓMO DEBEN ACTUAR LAS MERCANTILES?

Como se ha visto, no resulta claro que el Tribunal Supremo entienda que una Resolución administrativa del INSS impugnada no tiene carácter firme. Y ello afecta de forma evidente al empleador, quien debe resolver si extinguir o no el contrato quedando expuesto a que tras su decisión el afectado interponga demanda por despido improcedente. Es necesario, pues, buscar una solución que proporcione seguridad jurídica a los actuantes, solución que podría venir de la mano de adecuar la redacción de las normas que resultan aplicables (en particular, el art. 48.º ET²⁵), o de exigir que el INSS deba siempre eximir a la empleadora de ser responsable de una extinción no adecuada del vínculo –solución que es la que la Sentencia de la Sala comentada posibilita considerando que lo esencial es la comunicación por parte del INSS completa y adecuada en la literalidad de sus términos, de forma que sea sólo el órgano gestor el que decida si corresponde o no el que la empresa extinga el contrato–, dejando el resto de las cuestiones a la ejecutividad de lo que dispongan en su caso los tribunales, quienes serán los que resuelvan en última instancia una impugnación del acto administrativo solicitada por la Mutua.

Entendemos, lo primero, que la posible suspensión del contrato sólo concurriría cuando se trate de una revisión de la IP y cuando así lo señale el propio acto declarativo de la IP el ente encargado de su emisión y sería mucho más difícil mantener esta postura cuando lo impugnado sea el mismo acto administrativo, conduciendo tal solución a un absurdo, a tenor de la situación que se plantea en la Sentencia de la Sala comentada. Ello significaría que éste debería entenderse, pues, a pesar de estar sometido a revisión, firme.

Pero además no puede condicionarse ni retrasarse la actuación de la empresa hasta el mismo momento en que la misma Resolución del INSS sea directamente ejecutiva, lo que ocurre solamente en el caso de que se haya confirmado la misma vía judicial –previa impugnación por el trabajador o la Mutua o la misma empresa, si resulta ser responsable del pago– (art. 146.4º LRJS) sin que aquí debamos estar a expensas de un determinado plazo temporal. En cambio, si la revisión se lleva a cabo a través de la vía del art. 143 LGSS, lo que debe haber sido previsto por la Resolución misma, el transcurso del plazo de los dos años sí provoca que desde entonces se pierda la posibilidad de reingreso del trabajador en la empresa.

No hay que olvidar, tampoco, que este problema aparece dado que a las empresas no se las considera como sujeto legitimado para poder intervenir como parte interesada en los procesos de seguridad social, una falta de legitimación que la doctrina científica ha criticado a lo largo de los años²⁶. Así las cosas, debería actuarse proporcionando criterios de actuación

²⁵ No han sido pocos los autores que critican el tenor literal del mentado precepto, llegando incluso a sugerir redacciones más apropiadas. Es lo que propone, llegando incluso a redactar el tenor del precepto, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., en La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 7, 2009.

²⁶ Vid, al respecto, el Comentario de la Sentencia 207/1989, de 14 de diciembre en recurso de amparo nº 948/1987, llevado a cabo por el Profesor ALONSO OLEA, M., en: Sobre los “efectos reflejos” de la cosa juzgada, si de tales se trata. La relación entre las decisiones sobre declaración de incapacidad permanente (o de incapacidad provisional; o de capacidad) para el trabajo, y las decisiones sobre la extinción (o la suspensión o continuidad) del contrato de trabajo, en AAVV, Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, Tomo VII, año 1989, Civitas, Madrid, 1990, p. 540 y ss.

claros para evitar que las empresas adopten soluciones equivocadas en momentos no adecuados, lo que podría pasar por dotar de una mayor presencia del INSS o insertar a la empresa en el proceso de declaración de la incapacidad.

En el caso que es objeto de debate en la Sentencia comentada no se entra a valorar que la posterior impugnación de la Resolución administrativa por parte de la Mutua implique falta de firmeza de la Resolución pues ello –a pesar de poder ser impugnada en vía administrativa, primero, y en vía judicial, después– sólo resultaría necesario si tal conclusión afectara a la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo, lo que se entiende no ocurriría. Al no deber la empresa esperar a que el Juzgado confirme la ejecutividad directa del pronunciamiento en el caso debatido concluye la Sala que sí tenía potestad la empresa –en ese momento concreto– para decidir entre suspender o extinguir el contrato de trabajo del actor con referencia a la revisión de la invalidez permanente, no del acto administrativo en sí mismo. Y para ello únicamente podía tener como referencia la mercantil el tenor de la Resolución del INSS que había sido transmitida a la empresa. Por ello, la comunicación del INSS resultaría suficiente para no poner en duda su firmeza, aunque el acto administrativo hubiera sido objeto de revisión por la Mutua. Esta conclusión enlaza también con la posibilidad de que sí pueda el trabajador recurrir judicialmente la Resolución del INSS, sin que ello afecte a la necesidad de esperar el transcurso de una serie de plazos para que tenga lugar la revisión del estado incapacitante que dio lugar a la declaración de la incapacidad. Es decir, dado que se admite que se puede revisar el grado incapacitante (art. 143 LGSS) aunque esté pendiente la revisión administrativa y judicial de la Resolución misma, criterio éste que es el que adopta el INSS²⁷, si es la Mutua la que interpone recurso contra la Resolución del INSS ello tampoco afecta a la extinción o suspensión del contrato en curso. Lo relevante debe ser, en suma, que si existe Resolución administrativa adoptada por el INSS debe estarse a lo en ella dispuesto, sin perjuicio de que pueda ser obligada, posteriormente, la mercantil a readmitir al trabajador si la resolución administrativa como acto administrativo resulta revocada.

²⁷ Vid. Criterio 34/1999. Revisión de grado. Posibilidad de grado inicialmente declarado que no es firme. El asunto consultado es: posibilidad de revisión en vía administrativa, por agravación y a solicitud del interesado, del grado de incapacidad permanente declarado, cuando la resolución en que se produjo tal declaración, no es firme al haber sido impugnada ante los órganos jurisdiccionales.

El criterio adoptado es el siguiente: “El alcance de la revisión de grado no es, en modo alguno, la impugnación del acto o resolución del reconocimiento inicial teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones padecidas en aquel momento por el interesado, sino la valoración de la situación médica en el momento actual, dado su carácter evolutivo, para determinar si es merecedora de un grado distinto al inicialmente reconocido, y de ahí que sus efectos económicos, en su caso, se desplieguen desde la declaración de ese nuevo grado. En el supuesto analizado, lo que se haya “sub iudice” en tanto no recaiga sentencia que devenga firme, es el grado de incapacidad existente en el momento del reconocimiento inicial y no el que pueda concurrir en un momento posterior” (...) “por tanto, si la sentencia recurrida una vez firme no impide el análisis de situaciones posteriores, carece de fundamento esperar a que recaiga dicho pronunciamiento para entrar a analizar el grado de incapacidad existente conforme a las nuevas circunstancias”.

