



Roj: STSJ PV 1865/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:1865

Id Cendoj: 48020340012017101085

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Bilbao

Sección: 1

Fecha: 09/05/2017

Nº de Recurso: 906/2017

Nº de Resolución: 1062/2017

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO DE SUPLICACION Nº : 906/2017

NIG PV 20.05.4-16/002914

NIG CGPJ 20069.34.4-2016/0002914

SENTENCIA Nº: 1062/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a nueve de mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DOÑA ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados, ha pronunciado,**

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

S E N T E N C I A

En el *Recurso de Suplicación* interpuesto por DON Virgilio , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de San Sebastián- Donostia, de fecha 12 de Enero de 2017 , dictada en proceso que versa sobre materia de **DESPIDO (DSP)** , y entablado por el - *hoy también recurrente* -, DON Virgilio , frente a la - *Empresa* - "**TRANSPORTES TRANS-KONTENORD, S.L.**" y el - *Organismo* - **FONDO DE GARANTIA SALARIAL ("FOGASA")** , respectivamente, es Ponente la lltma. Sra. Magistrada **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR** , quien expresa el criterio de la - *SALA* -.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por *Demanda* y terminó por *Sentencia* , cuya relación de *Hechos Probados* , es la siguiente :

1º.-) " Virgilio , con DNI NUM000 , ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada con la categoría de conductor mecánico, con antigüedad desde el 18 de junio de 2013, y un salario mensual bruto incluidas las pagas extras de 1.784,05 euros.

2º.-) El día 20 de septiembre 2016 la demandada remitió al actor un burofax que no fue notificado hasta el día 26 de septiembre por ausencia del actor, en el que le comunicaba la extinción de la relación laboral con efectos desde el 14 de septiembre de 2016 por diferencias insostenibles con la dirección de la empresa (folio 46 y ss).

3º.-) El 22 de julio de 2016 la parte actora contrajo matrimonio civil (incontrovertido).



4º.-) El actor estuvo en situación de IT por accidente de trabajo, ocurrido el 20 de abril de 2016, en los siguientes periodos: del 6 al 12 de junio de 2016; del 17 de junio al 8 de septiembre de 2016; desde el 26 de septiembre de 2016 hasta, cuando menos, la fecha de celebración de la vista (folios 57 y ss).

5º.-) Entre el 11 y el 23 de septiembre de 2016 el actor estuvo en Rumanía (incontrovertido).

6º.-) En el desempeño de sus funciones el actor dejó de percibir las siguientes cantidades:

.- 197,72 ? por 4 días no disfrutados de vacaciones.

.- 741,45 ? por 15 días de permiso de matrimonio no disfrutado.

.- 98,86 ? por paga extraordinaria de Navidad devengada en 12 días.

.- 293,25 ? por salarios del mes de septiembre de 2016.

7º.-) El actor percibió la cantidad de 625,49 ? netos por 14 días de septiembre 2016, devengándose 460,38 ? brutos por 8 días de IT, y 299,91 ? de salario (folios 44-45).

8º.-) Resulta aplicable el Convenio Colectivo de Transkontenord, S.L. publicado el 1 de diciembre de 2014, al cual se remite esta resolución.

9º.-) Se ha intentado acto de conciliación entre las partes con el resultado de sin avenencia conforme obra al folio 24.

10º.-) El actor no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación de los trabajadores (incontrovertido)".

SEGUNDO .- La *Parte Dispositiva* de la Sentencia de Instancia, *dice* :

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por Virgilio frente a "TRANSPORTES TRANS-KONTENORD, S.L.", y en su virtud:

1.- Declaro improcedente el despido sufrido el 20 de septiembre de 2016, debiendo la demandada optar en el plazo de 5 días entre la readmisión con abono de los salarios de tramitación a razón de 58,64 ?/día o a indemnizar al actor con la cantidad de 6.451,50 ?.

2.- Condeno a la demandada al pago de la cantidad de 1.331,28 ? brutos.

3.- La anterior cuantía se incrementará con los intereses prevenidos en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

4.- Frente al FOGASA no se hace pronunciamiento alguno sin perjuicio de sus responsabilidades legales al amparo del art. 33 ET .".

TERCERO .- Frente a dicha *Resolución* se interpuso el *Recurso de Suplicación* por la - *parte actora* -, DON Virgilio , que fue impugnado por la - *Mercantil demandada* -, "TRANSPORTES TRANS-KONTENOR, S.L.".

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de *Recurso de Suplicación* , los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 24 de Abril, fecha en la que se emitió *Diligencia de Ordenación* , acordando la formación del *Rollo* correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

QUINTO.- Mediante *Providencia* fechada el 27 de Abril, se acordó, - *entre otros extremos* - que la *Votación y Fallo* del *Recurso* se deliberara el siguiente 9 de Mayo; lo que se ha llevado a cabo, dictándose Sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por D. Virgilio frente a "TRANSPORTES TRANS-KONTENORD, S.L.", declarando improcedente el despido del 20 de septiembre de 2016, condenando a la demandada en las consecuencias legales de esta declaración y condenándola al abono de la suma de 1.331,28 euros brutos más los intereses previamente señalados.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación D. Virgilio .

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ¿ en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.



Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b .-) Que el error sea evidente;

c .-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d .-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

Lo dicho hasta ahora ha sido explicitado por constante doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en un buen número de sentencias, de entre las que cabe citar las de 18 de febrero de 2014 ¿ Rec. 108/2013 -, 14 mayo de 2013 ¿Rec. 285/2011 -, y 17 de enero de 2011 - Rec. 75/2010 -.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige ¿como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "*concluyente poder de convicción*" o "*decisivo valor probatorio*" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los siguientes extremos:

a) la revisión del hecho probado primero para que se diga que la categoría profesional es de conductor mecánico en ruta, lo que se estima, a tenor de la prueba propuesta y dado que la parte demandada no se opone a ello en el escrito de impugnación del recurso.

b) la revisión del ordinal tercero para que se diga que la persona con la que contrajo matrimonio es de nacionalidad rumana. Pretensión que se rechaza por su manifiesta irrelevancia para la resolución del recurso pues este dato ni siquiera se utiliza posteriormente en la argumentación jurídica.

c) la revisión del hecho probado cuarto para que se corrija lo que es un mero error de transcripción sobre la fecha del accidente de trabajo, que no sería del año 2016, sino del año 2005. Pretensión que se desestima igualmente, ya que de los folios 57 y 58 se desprende la fecha de 20 de Abril de 2005 como fecha del accidente, pero del folio 59 se desprende que el accidente había tenido lugar el 20 de Abril de 2015, contradicciones que impiden estar a la revisión instada. Asimismo se pretende añadir que el alta de 8 de septiembre de 2016 fue voluntaria para desplazarse a Rumanía y que tenía ya previsto el viaje con anterioridad a los procesos de IT, así como que estuvo ingresado en la Clínica Copérnico de Barcelona del 3 al 7 de octubre de 2016. Pretensiones que también se desestiman por su irrelevancia, pues no tiene repercusión el carácter voluntario del alta ni desde cuándo estuviera previsto el viaje a Rumanía ni el posterior ingreso hospitalario.



SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, " *examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia* ", debiendo entenderse el término " *norma* " en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las " *normas sustantivas* " , en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS , lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS , impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 10.1 , 15 y 24.1 CE , artículos 4 , 6.1 y 7 del Convenio nº 158 OIT , artículo 17.1 ET y SSTJUE de 11 de abril de 2013 y 1 de diciembre de 2016. Argumenta, en esencia, que el despido ha de ser calificado de nulo, pues vulnera todos los preceptos indicados, pues carece de causa y su real motivación deriva de la situación de IT, lo que resulta discriminatorio; que hay indicios para invertir la carga de la prueba.

Recordemos ahora los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, con las modificaciones que, a petición del demandante hemos estimado. Son los siguientes: el demandante presta servicios para la demandada como conductor mecánico en ruta; el 20 de septiembre 2016 la empresa le remitió burofax en el que le comunicaba la extinción de la relación laboral con efectos desde el 14 de septiembre de 2016 por diferencias insostenibles con la dirección de la empresa; el 22 de julio de 2016 el trabajador contrajo matrimonio; el demandante estuvo en situación de IT por accidente de trabajo en los siguientes periodos: del 6 al 12 de junio de 2016; del 17 de junio al 8 de septiembre de 2016; desde el 26 de septiembre de 2016 hasta, al menos, la fecha de celebración del juicio; entre el 11 y el 23 de septiembre de 2016 el actor estuvo en Rumanía; es de aplicación el Convenio Colectivo de la demandada.

La única cuestión controvertida en este recurso es la calificación del despido de que fue objeto el demandante, que la instancia ha tachado de improcedente tras haberlo así reconocido la empresa demandada y que el demandante pretende se califique de nulo por los motivos que antes hemos expuesto.

Un primer obstáculo ha de ser abordado. La instancia explica ¿ Fundamento de Derecho Segundo - que la parte demandante, en su segundo turno de intervención en el juicio, explicó que se trataba de un despido disciplinario en el que no se había seguido el procedimiento sancionador y que se trataba de sancionar el hecho de hallarse el demandante en situación de incapacidad temporal y que, en definitiva, no había causa para el despido. Y razona también el juzgador a quo que la demanda, si bien solicita la nulidad del despido, nada justifica a este respecto ni aún someramente, así como que la exposición sorpresiva realizada en el acto del juicio sobre el carácter de disciplinario del despido no será tomada en consideración so pena de indefensión de la parte demandada, según el artículo 85 LRJS .

Pese a ello, la Sala entrará al examen de la pretensión de nulidad del despido, pero únicamente con base en la alegación de las situaciones de IT, dado que estos hechos se incorporaron a la demanda ¿ no así las referencias a la falta de procedimiento sancionador ¿ y que, pese a la absoluta falta de motivación de la petición de nulidad del acto extintivo, el órgano judicial ha de calificar el despido de conformidad con los hechos invocados, sin que se pueda entender que concurre una modificación o alteración sustancial de la demanda en el presente caso, en el que la nulidad ya fue solicitada y los hechos básicos referidos en el escrito rector del litigio.

En el caso, partimos, necesariamente, de la declaración de improcedencia hecha por el Juzgado por así haberlo reconocido la empresa, en un despido en el que se alegaban " *diferencias insostenibles con la dirección de la empresa* " .

La cuestión de la calificación del despido en situación de IT ha sido muy abordado por la doctrina judicial, que lo ha venido calificando de improcedente y no nulo, por entender que no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que recoge el artículo 14 CE , aunque puede haber casos particulares en que la conclusión sea distinta. Con carácter general, puede afirmarse que la doctrina jurisprudencial ha señalado que, incluso aunque



la causa simulada ocultara la verdadera causa subyacente de la existencia de la enfermedad y la situación de incapacidad temporal, el despido sería improcedente ¿ por todas, las SSTs de 22 de noviembre de 2007 , Rjud. 3907/06, de 11 de diciembre de 2007 , Rjud. 4355/06, de 18 de diciembre de 2007 , Rjud. 4194/06 , así como la consideración de no ser discriminatorio en sí mismo - STC 62/2008, de 26 de mayo -. Y ello, a diferencia del supuesto en que el despido se produce como reacción a una amenaza para obligar a la persona trabajadora a reincorporarse al trabajo, abandonando el tratamiento médico prescrito, pues ello supone un riesgo para la salud y, por ello, una conducta directamente lesiva del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE ¿ STS de 31 de enero de 2011 -.

Ahora bien, hemos también de traer a colación la STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15 , Caso **Daouidi**, en la que el Tribunal respondía a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona. Cuestión que consistía en cuestionar si entraría en el concepto de "*discriminación directa por discapacidad*", como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1 , 2 y 3 de la Directiva 2000/78 , la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta entonces bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta por causa de un accidente. Resumidamente expresado, el TJUE responde con base en el concepto de "*discapacidad*" de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1 .

Pues bien, con base en toda esa doctrina, el recurso va a ser desestimado. En efecto, aunque se concluyera que han sido estas situaciones de IT en que se ha hallado el demandante desde junio hasta septiembre de 2016, ¿ lo que sólo se admite ahora a estos meros efectos dialécticos -, lo cierto es que la calificación que el despido merecería, como acertadamente ha decidido la instancia, no sería la de la nulidad pretendida, sino la de la improcedencia, incluso aunque la causa simulada ocultara la verdadera de enfermedad y baja, tal como más arriba hemos expresado al relatar la doctrina judicial ordinaria y constitucional. Doctrina que, en el concreto caso que nos ocupa, no puede ser alterada por la STJUE de 1 de diciembre de 2016, que acabamos de reseñar, dado que, en el caso presente, ningún dato consta acerca del carácter "duradero" de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de manera meramente previsible. Ello impide considerar una situación de "*discapacidad*", en el sentido antedicho, que podría dar lugar a una consideración de discriminación, por lo que el despido ha sido correctamente calificado como improcedente.

CUARTO.- No procede hacer declaración sobre costas por gozar la parte recurrente vencida del beneficio de justicia gratuita (artículos 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social y 2.d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Virgilio , frente a la Sentencia de 12 de Enero de 2017 del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia-San Sebastián , en autos nº 585/16, confirmando la misma en su integridad.

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

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

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

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Il.ª Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES .-

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



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

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

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

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0906-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0906-17.

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