



Roj: **STSJ AND 6421/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:6421**

Id Cendoj: **18087340012017101304**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2017**

Nº de Recurso: **24/2017**

Nº de Resolución: **1251/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAFAELA HORCAS BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

4

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

M.F.

SENT. NÚMERO: 1251-2017

ILTMO. SR. D. JOSÉ MARÍA CAPILLA RUIZ COELLO

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORAL

ILTMA. SRA. D^a. RAFAELA HORCAS BALLESTEROS

MAGISTRADOS

En Granada, a 17 de mayo de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. **24-2017**, interpuesto por Juan contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES DE ALMERÍA, en fecha 14 de octubre de 2016, en autos núm. 606-2016. Ha sido ponente la Iltma. Sra. Magistrada Doña **RAFAELA HORCAS BALLESTEROS**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el juzgado de referencia tuvo entrada demanda presentada por Juan, sobre despido, contra las empresas REVERTE MINERALS, S.A. y CS CALDERA Y TUBERÍA, S.L., desistiendo de la demanda con respecto a la empresa en primer lugar mencionada; y admitida a trámite y celebrado juicio, se dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2016, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: **Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Juan frente a la empresa CS Caldera y Tubería SL debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que ha sido objeto la parte actora, y en consecuencia condeno a la empresa demandada a optar en el plazo de cinco días a partir de la notificación de sentencia, entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, o extinguir la relación laboral, en cuyo caso deberá pagar al trabajador una indemnización por despido de 958,46 €.**



SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1.- La parte actora, D. Juan , mayor de edad, con NIE núm. NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa CS Caldera y Tubería SL, dedicada a la actividad de la actividad de Siderometalurgia, en el centro de trabajo sito en la localidad de Albox (Almería), desde el 28-9-05, con la categoría profesional de Oficial 2ª Soldador (Oficial Oficio) y percibiendo un salario mensual de 1.493,68 €, incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

2.- Dicha relación laboral se inició en virtud de un contrato de obra o servicio determinado que tenía por objeto el siguiente: "Como soldador de la empresa Reverte Minerals SA en Albox, Almería" (cláusula adicional) y cuya duración se extendía desde el 28-9-05 hasta finalización obra/servicio (cláusula tercera).

3.- En fecha 21-12-15 la empresa CS Caldera y Tubería SL dio de baja al demandante en Seguridad Social por fin de contrato y el mismo firmó la nómina del mes de diciembre del año 2015 ese mismo día en donde se recogía que el trabajador percibía la cantidad líquida de 805,36 € por los salarios de los 21 días trabajados y la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas, se hacía constar lo siguiente: "Manifiesto mi conformidad con esta cantidad que en concepto de FINIQUITO me es ofertada y de la que acuso recibo, quedando con esta saldado y finiquitados todos los conceptos y derechos derivados de la relación laboral mantenida.

DECLARO que doy por rescindido el contrato de trabajo y por extinguida la relación laboral con la citada empresa".

4.- A continuación el día 8-1-16 las partes volvieron a suscribir otro contrato de obra o servicio determinado de contenido idéntico al firmado el 28-9-05, cambiando tan solo la fecha de inicio del contrato.

5.- El 11-4-16 el demandante sufrió un accidente laboral muy grave que ha supuesto la amputación distal del humero del brazo izquierdo, por lo que inició un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo en el que aún se encuentra.

6.- Estando el actor ingresado en el Hospital Mediterráneo de Almería un representante de la empresa demandada se personó en dicho centro hospitalario el día 16-5-16 comunicando verbalmente al trabajador la extinción de su contrato de trabajo y firmando este la nómina del mes de mayo del presente año fechada el mismo 16-5-16 en donde se recogía que el trabajador percibía la cantidad líquida de 1.074,23 € por prestaciones de incapacidad temporal durante 16 días y la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas y se hacía constar lo siguiente: "Manifiesto mi conformidad con esta cantidad que en concepto de FINIQUITO me es ofertada y de la que acuso recibo, quedando con esta saldado y finiquitados todos los conceptos y derechos derivados de la relación laboral mantenida.

DECLARO que doy por rescindido el contrato de trabajo y por extinguida la relación laboral con la citada empresa".

7.- La empresa CS Caldera y Tubería SL dio de baja en Seguridad Social al actor el mismo día 16-5-16 alegando como causa "Fin de contrato".

8.- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno.

9.- Intentada la preceptiva conciliación ante el CMAC en fecha 21-6-16, la misma concluyó con el resultado de intentada sin avenencia.

10.- En el acto del juicio la parte actora desistió de su demanda con respecto a la empresa Reverte Minerals SA continuando el procedimiento tan solo frente a la empresa CS Caldera y Tubería SL.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Juan , recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre la sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido la parte actora. En el recurso de la parte actora se alega revisión de hechos probados e infracción jurídica. El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Se interesa por el recurrente al amparo del art. 193.b de la LRJS que se revisen los hechos declarados probados de la sentencia para que los mismos queden redactados de la siguiente manera: "Que existen indicios fundamentales con los documentos aportados con la demanda y en el acto de la vista que el despido, en este caso obedece a la vulneración de los derechos fundamentales y que el resultado probatorio



debe inclinarse la balanza a favor del actor por los siguientes motivos: 1.- Accidente laboral el 14.4.2016. 2.- Contratación temporal con buen comportamiento de Don Juan . 3.-Despido cuando se encontraba internado en el hospital como consecuencia del accidente laboral, sin que se haya acreditado los motivos del despido. 4.- Reconocimiento por el demandado de la improcedencia del despido. Reconoce en su escrito posterior a la sentencia el derecho del demandado a percibir una indemnización como despido improcedente, lo que implícitamente supone reconocer que en el despido no hubo causa objetiva y razonable que lo amparase. Se ha producido un despido que calificamos de nulo radical por discriminación por razón de discapacidad, ya que ese despido no responde a una justificación objetiva y razonable, ajena a la intención de vulnerar los derechos fundamentales, pues el actor ha probado los indicios suficientes de vulneración del derecho a no ser discriminado en atención a su minusvalía causada por el accidente laboral y el despido se ha producido en atención a una minusvalía" .

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión es necesario precisar que a través de la misma según reiterada doctrina jurisprudencial: **a)** Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del juzgador; por una parte, porque de los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra parte, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos o que se hayan aportado conforme al art. 233 LRJS . **b)** No basta con que la revisión se base en documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión. **c)** El error ha de evidenciarse esencialmente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de razonamientos, por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada.

Esto significa que el error ha de ser evidente, evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador "a quo".

En base a la anterior doctrina no procede la modificación interesada porque incluye valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo que no pueden tener inclusión dentro del relato de hechos probados de la sentencia, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un recurso de suplicación de carácter extraordinario el cual sólo cabe por motivos, causas y forma establecido en el anterior precepto.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la infracción jurídica en que se fundamenta el recurso, al amparo del art. 193.c) de la LRJS , basada en infracción del art. 4.2.c) del ET , 53.4 del mismo texto, de la Directiva 2000/78 CE, art. 14 , 15 y 24 de la Constitución Española y art. 11 , 12 , 13 y 13 bis, 8 y 39.2 de la LISOS , interesando que se declare la nulidad del despido ya que éste se ha producido por encontrarse el trabajador accidentado en IT y en consecuencia el despido es con vulneración de derechos fundamentales y discriminatorio, con la correspondiente indemnización por vulneración de los derechos fundamentales.

En primer lugar por lo que se refiere a la declaración de nulidad que se pretende por la parte actora por entender que el despido se ha producido con vulneración de derechos fundamentales al estar la trabajadora en IT es ya reiterada la doctrina jurisprudencial que no admite tal posición al considerar que el despido de un trabajador en IT es improcedente pero no así nulo y al efecto valga la argumentación que a tal efecto se señala en la sentencia del T. Supremo de 11-12-2007, rec. 4355/2006: "...Sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007 EDJ 2007/8038), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres. Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros "derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador" (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminado. En el presente pleito este argumento ha sido utilizado en la sentencia de instancia, insinuándose también en la definición genérica y extensiva de discriminación que utiliza la sentencia recurrida. El derecho constitucional señalado al efecto por la sentencia de instancia es el "derecho a la protección de la salud" reconocido en el art. 43.1 CE . Pero, sin entrar ahora en si el contenido de la protección de la salud puede alcanzar a conductas empresariales potestativas o de configuración jurídica como la enjuiciada en este caso, lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, el derecho mencionado no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas" (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales mencionados sobre nulidad del despido. El art. 43.1 CE está situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los "principios rectores del orden social y económico", a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la



función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE EDL 1978/3879 ("El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen").

De manera también más concreta se especifica en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 27-1-2009, rec. 602/2008 por lo que se refiere a enfermedad y discapacidad como causa alegada de discriminación y vulneración de derecho fundamental: "...La primera de dichas sentencias sobre despido por enfermedad es, en casación para unificación de doctrina, es la de fecha 29 de febrero de 2.001 (rec. 1566/2000), a la que han seguido STS 23-9-2003 (rec. 449/2002), STS 12-7-2004 (rec. 4646/2002) EDJ 2004/147910 y la propia STS 23-5-2005 hoy invocada como contraste. En todas estas resoluciones se ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos, como los enjuiciados, en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 -ET- ("faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.... Como dice nuestra sentencia de 29 de enero de 2001 EDJ 2001/1034, la cláusula final del art. 14 CE EDL 1978/3879 no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, "pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta". Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que "históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas". En los términos de STC 166/1988 EDJ 1988/482, se trata de "determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas" que han situado a "sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE EDL 1978/3879". ...Esta concepción de la discriminación, en la que coinciden como se ha visto la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria, no debe ser sustituida por la expresada en la sentencia recurrida, donde se omite la referencia a los móviles específicos de la conducta discriminatoria. Así, pues, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001 EDJ 2001/1034, citada). ...De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET EDL 1995/13475, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación....En nuestra anterior sentencia rechazamos esa equiparación. En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003 EDL 2003/163154, que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET EDL 1995/13475 ("Los trabajadores... en la relación de trabajo... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables....Y así se rechaza esa equiparación afirmando que la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

Dicho lo anterior pone de manifiesto que efectivamente la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo en la que se encontraba el trabajador no constituye por sí mismo una causa discriminatoria en cuanto que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental por la situación en la que se encuentra la protección a la Salud en la propia constitución siendo además que no se trata de una causa reconocida de discapacidad que pudiera dar lugar a tal vulneración.

Por todo lo cual se desestima el motivo del recurso, confirmándose íntegramente la sentencia que se recurre.

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



FALLAMOS

Que **desestimando el Recurso de Suplicación** interpuesto por Juan contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES DE ALMERÍA, en fecha 14 de octubre de 2016 , en autos nº 606-2016, seguidos a su instancia, sobre despido, contra CS CALDERA Y TUBERÍA, S.L., **debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida en todos sus extremos** .

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del art. 221, debiéndose efectuar, según proceda, las consignaciones previstas en los arts. 229 y 230 de la misma, siendo la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala la abierta en la entidad bancaria Santander Oficia C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.0024.17. Si el ingreso se efectuare por transferencia bancaria, habrá de hacerse en la cuenta del Banco de Santander ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiendo indicar el beneficiario y en "concepto" se consignarán los 16 dígitos del número de cuenta 1758.0000.80.0024.17. Y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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