



Roj: **STSJ GAL 6636/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:6636**

Id Cendoj: **15030340012017104760**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2017**

Nº de Recurso: **2933/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2016 0004149

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002933 /2017 CRS

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000839 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Bárbara

ABOGADO/A: PAOLA BAR FRANCO

PROCURADOR:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, SOPORTALES VINOTALES SL

ABOGADO/A: , ANDRES GONZALEZ-PALACIOS SARDINA

PROCURADOR:

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS

D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

Presidente

D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

A CORUÑA, a diecinueve de octubre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002933 /2017, formalizado por la letrada Paola Bar Franco, en nombre y representación de Bárbara , contra la sentencia número 179 /2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de VIGO en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000839 /2016, seguidos a instancia de Bárbara frente a MINISTERIO FISCAL, SOPORTALES VINOTALES SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/ D^a ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Bárbara presentó demanda contra MINISTERIO FISCAL, SOPORTALES VINOTALES SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 179 /2017, de fecha dos de mayo de dos mil diecisiete , por la que se estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- doña Bárbara prestó servicios como ayudante de camarera por cuenta y orden de SOPORTALES VINOTALES SL en el establecimiento de hostelería que esta mercantil explota en la plaza de la Constitución nº 13 en la ciudad de Vigo. La categoría profesional que consta en su contrato es la de ayudante de camarero; su antigüedad de 18.01.2016 y salario mensual prorrateado de 1.183,27 €, sin ostentar ni haber ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores en el último año. SEGUNDO.- El 5.07.16 la trabajadora causó baja por IT por extirpación de masa mamaria, lo que determinó el inicio de proceso de incapacidad temporal por contingencia común y el día 22.08.2016 cursó alta médica. TERCERO.- La empresa hoy demandada procedió el día 24.08.2016 a comunicarle su carta de despido con fecha de efecto el 5 de septiembre de 2016 alegando que en dicha fecha finaliza el contrato de trabajo que tiene suscrito con esta empresa (folio 66). CUARTO.- No consta el abono de la indemnización. La empresa, tras el despido, contrató de manera temporal a otros trabajadores con la misma categoría que la ahora demandante para desempeñar sus funciones. QUINTO.- En fecha 21.09.2016 se celebró acto de conciliación preceptivo con el resultado de sin efecto.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO.- Que estimando la demanda promovida por D^a. Bárbara , en su petición subsidiaria, frente a la empresa SOPORTALES VINOTALES debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto la trabajadora demandante y condeno a la demandada a que a su libre opción proceda a la readmisión en su puesto de trabajo o alternativamente el abono de la indemnización derivada de la extinción contractual cuyo importe asciende a 855,75 € (22 días x 38,897 €), opción que deberá ejercitar la demandada en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que, de no optar expresamente dentro de ese plazo, se entenderá que procede obligatoriamente la readmisión, con abono en este caso de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, con reintegro de la indemnización percibida por la demandante una vez firme la sentencia, sin perjuicio de que la demandada pueda también compensar con cargo a la indemnización ya abonada si fuera el caso las obligaciones económicas que le deriven de este proceso.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda y declaró la improcedencia del despido, recurre la parte actora articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 193. b) de la LRJS , en el que interesa la revisión de los hechos probados en la forma siguiente:

A) El hecho primero, para que se redacte haciendo constar: Doña Bárbara prestó servicios desde el 18 de enero de 2016 como camarera perteneciente al grupo profesional 8 por cuenta y orden de SOPORTALES VINOTALES SL en el establecimiento de hostelería que esta mercantil explota en la plaza de la Constitución nº 13 en la ciudad de Vigo, debiendo percibir según convenio colectivo de hostelería de la provincia de Pontevedra, un



salario mensual con pagas extras incluidas de 1.252,02 (salario base 937,97€, prorrata pagas extras 234,49 € y plus transporte 79,56 €). Esta relación laboral se inició a través de un primer contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo eventual por circunstancias de la producción, suscrito el 18.1.2016 con una duración prevista hasta el 17.04.16, prorrogado hasta el 17.5.16, siendo su objeto posible incremento clientela inicio ejercicio y primavera. El 19.5.16, se suscribe un nuevo contrato por obra o servicio que tiene por objeto Temporada Primavera-Verano. En ambos contratos consta la categoría profesional de ayudante de camarero grupo profesional 9; por la que ha venido percibiendo un salario mensual prorrateado de 1.183,27 €, sin embargo, la empresa curso alta de de la trabajadora ante la Tesorería General de la Seguridad Social con el grupo de cotización 8 que se corresponde con la categoría profesional de camarera, igualmente el certificado de empresa recoge que la actora ostenta el grupo de cotización 8, sin ostentar ni haber ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores en el último año.

La modificación interesada debe prosperar parcialmente en el sentido de adicionar al hecho primero el siguiente párrafo segundo: Esta relación laboral se inició a través de un primer contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo eventual por circunstancias de la producción, suscrito el 18.1.2016 con una duración prevista hasta el 17.04.16, prorrogado hasta el 17.5.16, siendo su objeto posible incremento clientela inicio ejercicio y primavera. El 19.5.16, se suscribe un nuevo contrato por obra o servicio que tiene por objeto Temporada Primavera-Verano. En ambos contratos consta la categoría profesional de ayudante de camarero grupo profesional 9; por la que ha venido percibiendo el aludido salario mensual prorrateado de 1.183,27 €, afirmando, sin embargo, un salario mensual con pagas extras incluidas de 1.252,02 (salario base 937,97€, prorrata pagas extras 234,49 € y plus transporte 79,56 €).

Así resulta de la documental que se cita, en especial, los contratos de trabajo, debiendo rechazarse las modificaciones restantes al comportar un conjunto de valoraciones jurídicas a propósito del grupo o categoría profesional de la trabajadora que no son susceptibles de figurar en los hechos probados.

B) La adición de un nuevo hecho probado -que sería el primero bis- con la redacción que a continuación se expresa:

Durante el período enero 2014 a marzo 2017, el número de trabajadores que formaban parte de la plantilla de la empresa (CCC número 36117065175) a excepción de aquellos que se les da de alta y baja por 1/3 días, contabilizando a la demandante es la siguiente:

La adición interesada no resulta acogible, pues de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que de él se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-1985 [RJ 1985\3819] o de 14-7-1995 [RJ 1995\6259]). Y lo que el recurrente pretende adicionar no resulta de la literosuficiencia de la vida laboral de la empresa demandada, no siendo posible realizar las deducciones o interpretaciones que efectúa el demandante. En todo caso, dicha adición resulta intrascendente a los efectos de la decisión final.

C) El hecho tercero con la siguiente redacción: El 23.8.2016 la empresa sin previo aviso cursó baja de la actora en la seguridad social y el 24.8.2016 entregó a la actora el certificado de empresa en el que consta la fecha de extinción el 23.08.16 y la causa fin de contrato.

La modificación fáctica pretendida no prospera, toda vez que de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 28-5-2003 [RJ 2004\1632]), debe tener una relevancia a efectos resolutorios, de tal modo que no puede ser admitida una propuesta de revisión de hechos probados que, aunque pudiera tener un apoyo suficiente en los términos del artículo 193, b) LRJS , y ser cierta, carezca totalmente de trascendencia o de incidencia en relación con la decisión que deba de adoptarse resolviendo el recurso formulado, al no aportar nada que sea de interés.

D) El hecho cuarto con la siguiente redacción: No consta el abono de la indemnización. La empresa, durante la baja médica de la actora (5.7.16) y tras el despido (23.8.16), formalizó contrataciones con otros trabajadores con la categoría 9 en las fechas siguientes:

Durante baja médica

Eulogio del 11.7.17 al 14.7.16

- Serafina del 15.7.16 al 29.11.16

- Gregorio Del 27.7.16 al 6.9.16

- María Virtudes del 17.8.16 al 5.9.16



Posteriores a despido

Araceli 11.8.16 que ha venido encadenando contratos siendo el último de 25.1.17 vigente a 16.3.17

- Coro 9.9.16 vigente a 16.3.17

- Sixto 20.9.1613.11.2016 que encadena con alta el 25.11.16 al 21.12.16.

La revisión interesada no prospera, pues se trata de una simple modificación accesorio o de matiz toda vez que ya consta en el hecho impugnado que tras el cese de la actora la empresa contrató a otros trabajadores con la misma categoría que la demandante para desempeñar sus funciones.

E) La adición de un nuevo hecho probado -el quinto- con la siguiente redacción: La empresa SOPORTALES VINOVALES SL con CIF B27799246, dedicada a la actividad de hostelería de la que era administradora D^a Rafaela desde 2014 fue adquirida por nuevos titulares en el mes de abril de 2016, pasando a ser nuevo administrador D. Luis María a quien se le transmite la entidad jurídica, el local de negocio y la plantilla de trabajadores existente: Victoria , categoría 8, antigüedad del 24.1.2015; Miguel Ángel , categoría 4, antigüedad 14.4.16; Bárbara , categoría 8, antigüedad 18.1.16 a quien se le prorroga el contrato hasta el 17.5.16 y se le formaliza uno nuevo el 19.5.16; Apolonia categoría 8, antigüedad 13.2.15.

La adición interesada no resulta acogible, por cuanto resulta intrascendente a los efectos de la decisión final. No se ha discutido la posible existencia de una subrogación empresarial, ni tampoco que el simple cambio de socios y administrador la suponga.

SEGUNDO.- En sede jurídica sustantiva, y al amparo del art. 193. c) de la LRJS , formula la recurrente un primer motivo de infracción jurídica en el que denuncia infracción del artículo 15.1.b) y 15.3 con relación al artículo 3.5, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a la validez de la cláusula de temporalidad de los contratos de duración determinada que se resume en la sentencia de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3818) (R. 2456/01). A su juicio, la sentencia de instancia erróneamente reconoce la legalidad de los dos contratos temporales suscritos por el demandante y la causa por la que la juzgadora de instancia llega a la conclusión de reconocer la improcedencia no es por apreciar el fraude en la contratación sino porque no consta finalizada la temporada de verano, cuando ya el primer contrato era fraudulento.

Los razonamientos del motivo a propósito de la validez del primer contrato temporal suscrito por ambas partes, en la modalidad de eventual por acumulación de tareas, debe prosperar, aun cuando su reflejo en la decisión final resulte en este caso intrascendente. Al respecto, procede hacer las siguientes consideraciones:

1.- Es doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS/IV de 16 y 23 mayo , 4 y 12 julio , 30 septiembre , 27 octubre y 2 noviembre 1994 (RJ 1994\4208, RJ 1994\5361, RJ 1994\6332, RJ 1994\7156, RJ 1994\7269 y RJ 1994\8532; 21 enero 1995, rec. n.º 3751/1993, RJ 1995\2169, 3 de febrero de 1995, RJ 1995\775) y 21 de abril de 2004 (Rec. n.º 1678/2003. RJ 2004\4360), la que señala que establecen el artículo 15.1.b) del citado Estatuto y el artículo 3.2 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre , los contratos de carácter eventual tienen que fundarse en la existencia de alguno de los siguientes supuestos o situaciones: «circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos». En cambio, no es preciso que la actividad que vaya a desarrollar el empleado eventual sea extraordinaria o anómala dentro de la que lleva a cabo la empresa, pues estas normas admiten perfectamente esta clase de contratación «aun tratándose de la actividad normal de la empresa».

Esta situación constituye, sin duda alguna, un supuesto de «acumulación de tareas», de los que se prevén en los artículos antes citados. Como señala la citada STS/IV 21 enero 1995 , *lo que caracteriza a la «acumulación de tareas» es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste ; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo .*

2.- En el presente caso, del inalterado relato fáctico se desprende que el primer contrato temporal suscrito por ambas partes en fecha 18 de enero de 2016, lo fue con la categoría de ayudante de camarera, en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, por posible incremento clientela inicio ejercicio y primavera, y con un contrato temporal posterior, de fecha 19 de mayo de 2015 en la modalidad para obra o servicio determinado, para temporada primavera verano. Siendo así que la estipulación del primero de los citados contratos no cumple con el requisito establecido en los artículos 15. 1 b) del ET y 3.2 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre . El artículo 3-2 a) del Real Decreto 2720/1998 , que es desarrollo reglamentario del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en el que se amparó el contrato formalizado entre la partes, establece que en los contratos eventuales por circunstancias de la producción deberá identificarse con precisión y claridad



la causa o la circunstancia que lo justifique. Ello quiere decir como ha declarado esta Sala reiteradamente (entre otras, Sentencias de 13 de noviembre de 2.001 AS 2002/23 , 11 y 17 de abril de 2008 , Rec. nº 6/08 y 1203/08 , sentencia de 16 de enero de 2009 , Rec. nº 5152/08 y de 10 de julio de 2013 , Rec. 1991/2012) que este tipo de contratación tiene *naturaleza causal* , en cuanto que sólo puede celebrarse cuando existe esa causa o motivo justificativa de la eventualidad, y la misma se haya plasmado con la suficiente claridad y precisión en el contrato, *no cumpliéndose con esta obligación normativa, con el empleo de fórmulas vagas, genéricas y poco expresivas, en las que no conste una relación suficiente de las circunstancias concretas que implican un incremento extraordinario de la actividad empresarial* , o cuando ésta se estima sólo como posible, sin una prueba posterior clara de que se ha producido dicho incremento, que es precisamente lo que sucede en este caso. Por ello, hay que concluir que el primer contrato lo fue también en fraude de ley, aun cuando tal circunstancia no tenga repercusión en la cuantía de la indemnización, dado que para su cálculo la Magistrada de instancia ha tomado la antigüedad de dicho primer contrato y, además, el recurso no contiene motivo de infracción jurídica sobre este particular.

TERCERO.- Al amparo también del art. 193. c) de la LRJS , formula la recurrente el segundo motivo de análisis jurídico en el que denuncia infracción del artículo 55.1 y 5 del Estatuto de los Trabajadores con relación a los artículos 14, en cuanto al derecho de igualdad y no discriminación, artículo 15 relativo al derecho a la integridad física y moral, artículo 43 en cuanto al derecho a la salud y artículo 35 relativo al derecho al trabajo. Así como infracción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea concretamente de los artículos 3 derecho integridad física y moral, art. 15 derecho al trabajo , art. 21.1 derecho a la no discriminación , art. 30 derecho a ser protegido frente al despido injustificado , art. 35 protección salud; infracción del artículo 2 de la Directiva 2000/78 y STJUE de 11 de abril 2013 (Ring) y STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395115 **Daouidi** (ES) que interpreta entre otros el art. 2 de la Directiva 2000/78 también infringida por la sentencia de instancia. Todo ello sobre la base de sostener que el despido es nulo, ya que constituye una discriminación directa por razón de discapacidad o a la postre, indirecta porque ha supuesto una barrera para su recuperación y con ella, la participación en igualdad de condiciones en la vida profesional. Vulnerando así mismo el derecho a la integridad física y a la salud y el propio derecho al trabajo que integra el derecho a no ser despedido sino es por un motivo justo, derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamental de la Unión Europea. Resultando de aplicación la STJUE de 11 de abril 2013 (Ring) y STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15 **Daouidi** (ES) que interpreta entre otros el art. 2 de la Directiva 2000/78 .

El análisis del motivo lleva a la Sala a la conclusión de que debe prosperar sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Es reiterada del Tribunal Constitucional (STC 7/1993 de 18 de enero ; 136/1996, de 23 de julio ; 87/1998, de 21 de abril ; 29/2000, de 31 de enero , y 114/2002, de 20 de mayo , entre otras muchas), la que declara que cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental (STC 38/1981 , 55/1983 , 104/1987 , 114/1989 , 135/1990 , 21/1992 , 136/1996, de 23 de julio , y 48/2002, de 25 de junio). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, es decir, que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental» (SSTC 136/1996, de 23 de julio ; 87/1998, de 21 de abril ; 29/2000, de 31 de enero , y 114/2002, de 20 de mayo , entre otras muchas). La decisión empresarial será así válida cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o lesivo de un derecho fundamental.

2.- Y en el presente caso, lo único que consta acreditado es que la demandante causo baja por IT el día 5.07.16, por extirpación de masa mamaria, iniciando un proceso de incapacidad temporal por contingencia común, causando alta médica el día 22.08.2016. La empresa hoy demandada procedió a comunicarle, el día 24.08.2016, la extinción de su contrato con fecha de efectos del 5 de septiembre de 2016 alegando que en dicha fecha finaliza el contrato de trabajo que tiene suscrito con esta empresa (folio 66). Y del iter descrito no se desprende una situación de discriminación por trato desigual e injustificado, ni tampoco infracción de la Carta de Derechos Fundamental de la Unión Europea, en concreto, del derecho a integridad física y moral, del derecho al trabajo (art. 15), del derecho a la no discriminación (art. 21.1), del derecho a ser protegido frente al despido injustificado (art. 30), del derecho de protección salud (art. 35), ni del artículo 2 de la Directiva



2000/78 interpretado por las SSTJUE de 11 de abril 2013 (Ring) y STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395115 **Daouidi** (ES).

Como correctamente razona en este punto la Magistrada de instancia, tanto el Tribunal Supremo (STS de 12/7/2012, rec: 2789/2011) como el Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE , ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo (cualquier otra condición o circunstancia personal o social), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas (entre otras, STS 29-1- 2001, rec. 1566/2000 y STS 11-12-2007, rec. 4355/2006). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, o como en este caso, de enfermedad común, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.

Una argumentación un poco más larga requiere el rechazo de la aplicación de la doctrina sobre el fraude de ley en la contratación temporal que es el supuesto litigioso. Pero una consideración atenta de la realidad social de la gestión empresarial obliga a descartar tal calificación para la conducta del empresario (y la afirmación valdría también mutatis mutandis para el trabajador) que haya decidido rescindir la relación de trabajo por incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente que, en definitiva, tampoco fue lo que ocurrió en el presente caso, dado que la trabajadora ya se encontraba de alta médica cuando la empresa le notificó su cese por fin de contrato, aun cuando el mismo sea constitutivo de un despido improcedente por fraude ley en la contratación temporal.

3.- Y a la misma conclusión ha de llegarse respecto de la invocada infracción de la Carta de Derechos Fundamental de la Unión Europea, en concreto, ya que ni hay lesión del derecho a integridad física y moral de la trabajadora, ni del derecho al trabajo (art. 15), o del derecho a la no discriminación (art. 21.1), ni tampoco del derecho a ser protegido frente al despido injustificado (art. 30), o del derecho de protección salud (art. 35). Las SSTJUE de 11 de abril 2013 (Ring) y 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15 **Daouidi** (ES), que se citan a propósito de la interpretación del artículo 2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000 , tampoco permiten apreciar una infracción de dicho artículo, pues la citada Directiva, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Y en el presente caso, no cabe hablar de limitación «duradera» cuando consta probado que la demandante ya se encontraba de alta. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado ya que no puede apreciarse la nulidad del despido (art. 55. 5 ET)

CUARTO.- Los motivos tercero y cuarto de revisión jurídica denuncian: El tercero, infracción del artículo 17.c). f) del V acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería 2015 - 2019 con relación a la infracción del Anexo IV.3 relativo a las categorías y niveles del Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Pontevedra y artículo 26 y 27 referidos al salario y revisión salarial de esta última norma convencional. Así como infracción de la jurisprudencia relativa a la teoría de actos propios, sentencias del Tribunal Supremo, entre otras 5-10-87, 16-2 y 10-10-88 ; 10-5 y 15-6-89 ; 181- 90; 5-3-91 ; 4-6 y 30-12-92 ; y 12 y 13-4 y 20-5-93 , todo ello sobre la base de sostener que las funciones que realizaba la trabajadora eran las de camarera. Y el cuarto, infracción del artículo 1.902 del Código Civil en relación con los artículos 179.2 , 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , 41 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y con el artículo 24 de la Constitución Española .

Ninguno de los motivos resulta acogible. Así, el tercero, porque no hay ningún dato a propósito de que las funciones realizadas por la actora fuesen las de camarera y no las de ayudante de camarera para las que fue



contratada y que figura en los dos contratos de trabajo que suscribió. En consecuencia, no siendo posible apreciar una categoría laboral distinta el salario a percibir es el de 1183, 27 euros que se declara probado y que en este trámite de suplicación debe también respetarse.

En cuanto a la indemnización complementaria que se solicita por infracción del artículo 1.902 del Código Civil, debe igualmente desestimarse desde el momento en que la nulidad del despido por infracción de derechos fundamentales ha sido rechazada, manteniéndose su improcedencia. La conclusión final, por tanto, ha de ser la de desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora Dña. Bárbara, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia de la recurrente frente a la empresa Soportales Vinotales S.L., debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo Observaciones ó Concepto de la transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.