



Roj: **STSJ PV 3321/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3321**

Id Cendoj: **48020340012017101979**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2017**

Nº de Recurso: **1824/2017**

Nº de Resolución: **1948/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS PABLO SESMA DE LUIS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO N°:** Suplicación 1824/2017

**NIG PV 01.02.4-17/001055**

**NIG CGPJ 01059.34.4-2017/0001055**

**SENTENCIA N°: 1948/2017**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 10 de Octubre de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en Funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por ARTELORE HOME S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 29 de Mayo de 2017 , dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Marisol frente a **ARTELORE HOME S.A.** .

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS, 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:

" **PRIMERO**.- Dña. Marisol , ha venido prestando sus servicios para la empresa ARTELORE HOME, S.A., con una antigüedad de 18.04.2016, mediante un contrato indefinido a tiempo completo, categoría profesional de ayudante de ventas y salario base diario con prorrata de 66,67 euros. Siendo de aplicación el Convenio Colectivo del Comercio del mueble de Álava.

La actora fue contratada como ayudante de ventas, haciendo las funciones relacionadas con su puesto de trabajo y acudiendo por trabajo a Dubai en noviembre de 2016 y en la exposición del mueble en Paris y teniendo una tarjeta de empresa en la que se le presenta como Export Manager.

**SEGUNDO**.- Con fecha 06.03.2017 la empresa remite a la actora la siguiente carta:

"Vitoria-Gasteiz, a 6 de marzo de 2017



Muy Sra. Nuestra:

Por la presente le notificamos que la Dirección de esta empresa en uso de la facultad que le concede el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, ha adoptado la decisión de proceder a su despido disciplinario.

Los hechos y circunstancias que dan lugar a tal medida son que no ha entregado a la empresa los partes de confirmación de su baja por contingencia común dentro del plazo establecido legalmente lo que ha impedido a la empresa tener un conocimiento exacto sobre su situación de baja.

Tales hechos constituyen, conforme al Artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores justa causa de DESPIDO por la transgresión de la buena fe contractual. El presente despido tendrá efectos de 07 de Marzo de 2017".

**TERCERO.**- La actora es dada de baja de IT, contingencia común, el 08.12.2016 por un tumor cerebral con una duración estimada de baja de 300 días. Los partes confirmatorios de la baja de fecha 21.12.2016, 25.01.2017 y 01.03.2017 fueron entregados a la empresa y certificando el INSS que la empresa recibió dichos partes de confirmación y que fueron transmitidos por el sistema red, respectivamente, el 26.12.2016, el 26.01.2017 y 08.03.2017. Baja que continua en la actualidad.

Durante el tiempo transcurrido de la baja de IT hasta el despido la actora mantenía informados a los propietarios de la empresa de su situación médica por WhatsApp. Conversaciones y audios que son aportados por la actora y que consta en folio 279 y audio que ahí se incorpora. Y que se da por reproducido a los efectos de hechos probados.

**CUARTO.**- La baja de IT de la actora es una situación de baja duradera, habiendo estado hospitalizada hasta el despido del 08.12.2016 al 22.12.2016, del 26.12.2016 al 30.12.2016 y del 14.02.2017 al 19.02.2017 y habiendo tenido que acudir, la actora, a Urgencias el 07.12.2016, el 23.12.2016, 14.02.2017 y el 12.04.2017. Y teniendo ya la actora cita médica con MC MUTAL el 29.05.2017 y con neurología el 23.10.2017. Y aportando la actora:

-Historial Clínico del proceso de incapacidad temporal iniciado el 08.12.2016. Folios 153 a 222 de autos.

-Informe emitidos por la Psicóloga del Centro de Salud Mental de Osakidetza de 02.05.2017 y del Psicólogo de la Asociación Contra el Cáncer de 03.05.2017. Folios 223 y 224 de autos.

-Resolución de MC MUTUAL en la que la prestación de pago directo, con Base Reguladora de 65,91 euros día, asciende de salario bruto tras el despido y que percibe la actora es de 36,24 euros. Correspondiendo la prestación de desempleo la de 1.087, 20 euros. Folios 280 a 283 de autos.

**QUINTO.**- La actora esta dada de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos desde el 01.11.2012. Siendo la actora socia única de la empresa BASKIVOSTOK, S.L., dedicada a la prestación de servicios de consultoría y representación nacional e internacional. La compraventa, importación y exportación de todo tipo de productos a nivel nacional e internacional.

Solicitando la demandante el pago directo por IT en el Régimen de Autónomos. Habiendo solicitado la actora el cese de actividad como consecuencia de la baja de IT. Abonando MUTUALIA a la actora por la IT las cantidades señaladas en los folios 377 y 378 de autos. Que se dan por reproducidos a los efectos de hechos probados.

**SEXTO.**- Aportando la parte actora respecto el régimen de autónomos:

- **-Cuotas de autónomos de la actora desde enero de 2016. Folios 376 de autos.**

- **-Modelo 303 y 390 del año 2016 de la empresa de la que es única socia la actora. Folios 379 a 382 de autos.**

- **-Facturas de dicha empresa y documento de rescisión de un contrato con un cliente. Folios 383 a 390.**

**SÉPTIMO.**- La actora ha reclamado judicialmente cantidades a la demandada como consecuencia de entender la actora que su categoría es de viajante. Demanda de reconocimiento de derecho y cantidad que consta en autos en los folios 366 a 369.

**OCTAVO.**- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Álava del Gobierno Vasco el 06.04.2017, terminando el acto sin efecto. "

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. Marisol contra la empresa ARTELORE HOME, S.A., y en consecuencia debo declarar y declaro la NULIDAD el despido efectuado por la empresa en la persona de la actora con fecha de efectos 07.03.2017, debiendo las partes pasar por esta declaración y en consecuencia condeno a la empresa ARTELORE HOME, S.A., a la inmediata readmisión de Dña. Marisol en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 07.03.2017 y a abonarle los salarios dejados de percibir desde el día 07.03.2017 hasta que la readmisión tenga lugar, sin perjuicio del



descuento o compensación de las prestaciones por incapacidad temporal o desempleo. Condenando a la empresa ARTELORE HOME, S.A. a abonar a la actora por daños morales con la cantidad de 6.251 euros."

Debiendo el FOGASA estar y pasar por la anterior declaración.

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La empresa demandada se alza en el recurso frente a la sentencia que declaró la nulidad del despido disciplinario enjuiciado por aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de Diciembre de 2016 nº C 395/2015, en aplicación de la Directiva 2000/78 CE del Consejo de 27 de Noviembre del 2000.

La trabajadora aquí demandante fue despedida el 6 de Marzo de 2017. Se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el 8 de Diciembre de 2016, lo que implica que el despido se produjo tras 3 meses en aquella situación y no como reacción inmediata de la empresa ante el trastorno transitorio de salud de la trabajadora.

La demandante no se encontraba incapacitada ni nada acreditado permite afirmar que fuera a ser declarada en dicho estado. Al contrario, la duración prevista de la incapacidad temporal iniciada el 8 de Diciembre de 2016 tenía una duración prevista de 300 días, y a tal efecto tenía la interesada cita médica con el servicio de neurología para el 23 de Octubre de 2017, es decir, para 7 meses y medio después del despido.

Lo que la sentencia citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea prohíbe es que la discapacidad impida la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

No es esto lo que sucedió en el presente caso. La trabajadora, tras más de 7 meses prestando servicios, inició un período de incapacidad temporal y encontrándose en esa situación sin estar discapacitada ni contar con pronósticos de estarlo en el futuro, fue despedida. Sin embargo, a de tenerse presente, en primer lugar, que no solo no demostró la empresa la veracidad de la causa del despido sino que se demostró lo contrario, es decir, que la trabajadora había presentado los partes de baja. Ello constituye un indicio relevante, puesto que la causa del despido no era cierta. En segundo lugar conviene destacar que la duración prevista de la incapacidad temporal era de 300 días y que el despido se produjo siete meses antes de que finalizara aquella, lo que denota no solo que la baja tenía un carácter prolongado o duradero sino que además el despido se produjo cuando restaba un tiempo importante para que dicha baja acabara. Estas circunstancias se adecuan al párrafo segundo de la parte dispositiva de la Sentencia antes citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**SEGUNDO**.- Las costas del recurso han de ser impuestas a la parte vencida en el mismo, que no le asistan el beneficio de justicia gratuita, e incluirán los honorarios del Letrado de la parte impugnante, que se fijan en 100 euros. ( art. 235.1 de la Ley 36/2011 ).

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por Artelore Home S.A. frente a la sentencia de 29 de Mayo de 2017 (autos 253/17) dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Alava en procedimiento sobre despido instado por Marisol contra el recurrente, siendo parte el Ministerio Fiscal, debemos confirmar la resolución impugnada;

Se imponer a la parte recurrente el pago de las costas del recurso, que incluyan los honorarios del Letrado de la parte demandante, en cuantía de 100 euros.

Notifíquese esta sentencia a las partes 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, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

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

**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 4699-0000-66-1824-17.

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- 66-1824-17.

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.