



Roj: **STSJ ICAN 1798/2018 - ECLI: ES:TSJICAN:2018:1798**

Id Cendoj: **38038340012018100744**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **119/2018**

Nº de Resolución: **586/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARMEN MARIA RODRIGUEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000119/2018

NIG: 3803844420170004343

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000586/2018

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000608/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife

Fiscal: MINISTERIO FISCAL

Recurrente: Francisco ; Abogado: RAMON IGNACIO MARTIN BURGUEÑO

Recurrido: VERTICAL III TECHNICAL ROPE ACCESS S.L.; Abogado: KLEINER LOPEZ HERNANDEZ

FOGASA: FOGASA

En Santa Cruz de Tenerife, a 5 de junio de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA, D./Dña. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL y D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000119/2018, interpuesto por D./Dña. Francisco , frente a Sentencia 000426/2017 del Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº 0000608/2017-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Francisco , en reclamación de Despido siendo demandado/a D./Dña. VERTICAL III TECHNICAL ROPE ACCESS S.L., FOGASA y MINISTERIO FISCAL y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria parcial, el día 14/12/2017, por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

1.- El actor, D. Francisco con DNI nº NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa VERTICAL III TECHNICAL ROPE ACCESS SL., con antigüedad de 30.01.2015, categoría profesional de Oficial 3º de oficio, en virtud de contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo completo, siendo la duración de la contratación hasta fin de servicio y la causa: "la realización de tareas propias de su categoría en la obra de Adecentamiento de fachada avenida Islas Canarias, nº 9 en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife " y salario mensual bruto prorrateado de 1.3327,14 € (folios 57 a 63 y 87 a 91 de los autos),.

2.- Mediante carta de 22.05.2017 la empresa comunicó al trabajador su fin de contrato en los siguientes términos: (folio 92 de los autos)

"Muy Seños Nuestro;

Por medio de la presente, le comunicamos que, con fecha 5 de junio de 2017, finaliza el contrato temporal suscrito con usted por expiación del tiempo convenido, quedando por lo tanto rescindida a todos los efectos su relación laboral con esta empresa en dicha fecha.

Lo que se le comunica para que, a partir de esa fecha, se persone en nuestras oficinas para firmar y recoger toda la documentación ".

3.- En fecha 05.06.2017 se formalizó documento de liquidación y finiquito por importe de 3.030,31 € y en la misma fecha se formalizó un acuerdo de pago fraccionado de la citada cantidad, siendo los conceptos reconocidos y abonados los siguientes:

- Indemnización especial: 2.520,89 €

-nómina correspondiente a los días del mes de junio: 147,56 €

-P/P pagas extras: 361,86 €

(folios 84, 93, 95 a 99 de los autos)

4.- Con fecha 02.03.2017 el actor inicia un proceso de Incapacidad Temporal por contingencia común (enfermedad común) con una duración estimada de 365 días, permaneciendo en dicha situación en la actualidad y diagnóstico: " otras enfermedades extrapiramidales y otras anormales del movimiento" (folio 64, 76 y 78 de los autos)

5.- El actor presenta un cuadro clínico de "disonía cervical. Contractura cervical con desviación cefálica a la izquierda. Patrón de laterocollis izdo". (folios 68 a 75 de los autos).

6.- La demandada adeuda al actor las siguientes cantidades por los siguientes conceptos: (folios 92, 95 a 101 de los autos)

- paga extra navidad 2016: 1.125,25 €

- paga extra verano 2017: 377,95 €

TOTAL: 1.503,2 €

7.- El trabajador actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de delegado de personal o miembro del Comité de Empresa.

8.- Consta agotada la conciliación administrativa previa. En fecha 12.07.2017 se presentó la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por D. Francisco contra VERTICAL III TECHNICAL ROPE ACCESS SL. .,

DECLARO la improcedencia del despido del actor por la empresa demandada de fecha 05.06.2017 procediendo a voluntad de la empresa empleadora, mediante el ejercicio de la opción en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la presente, a la readmisión del trabajador o al abono de una indemnización de 958,76 € con abono en el supuesto que opte por la readmisión de los salarios de tramitación previstos a razón de 43,63 euros diarios desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente - excluidos los períodos de Incapacidad temporal o colocación del trabajador-, sin perjuicio de la devolución en el proceso adecuado



de las prestaciones de desempleo que haya podido percibir el trabajador notificando la presente resolución al INEM a los efectos oportunos, y

CONDENO a la empresa demandada abonar al actor la suma de: 1.503,2 € en concepto de deuda salarial, más los intereses del 10% ex artículo 29.3 ET.

Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pudiera corresponderle al FOGASA, en los términos establecidos legalmente.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. Francisco , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 4/6/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, don Francisco , articula el recurso por un único motivo de revisión jurídica, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, en relación con el concepto de discriminación directa por discapacidad de los artículos 1, 2, y 3 de la Directiva 2000/78. Solicita se dicte sentencia por la que declare el despido sufrido por el actor como NULO por vulneración del principio de igualdad de trato, con las consecuencias legales inherentes a tal calificación, condenando a la empresa a la readmisión del actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones en que lo venía desempeñando con abono de los salarios dejados de percibir durante la sustanciación del procedimiento y condenando a la empresa igualmente al abono de una indemnización de 25.001 euros o la que prudencialmente se establezca.

La demandada impugnó el recurso de contrario, solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión del recurso es necesario resumir los hechos:

el actor tenía una antigüedad en la empresa de 30 de enero de 2015

en fecha 22 de mayo de 2017 se le remite carta por la que se le indica que se extingue su contrato temporal por expiación del tiempo convenido.

La extinción se declara en sentencia como despido improcedente, sin que formule recurso la empresa

el día 2 de marzo de 2017 el actor inicia un proceso de incapacidad temporal por contingencia común con una duración estimada de 365 días, permaneciendo en dicha situación en la actualidad y con diagnóstico de "otras enfermedades extrapiramidales y otras anormales del movimiento.

El actor presenta un cuadro clínico de "disonía cervical, contractura cervical con desviación cefálica a la izquierda, patrón de laterocollis izdo.

Su profesión habitual es la de oficial 3º de oficio, siendo su contrata para la realización de las tareas propias de su categoría en la obra de Adecentamiento de fachada avenida Islas Canarias nº 9 de Santa Cruz de Tenerife.

Con estos hechos el trabajador considera que la única causa para su despido fue su incapacidad temporal que dado su diagnóstico, su duración estimada y su imprevisible curación, debe ser equiparada a una situación de discapacidad, entendiéndose, en consecuencia, que el despido debe ser declarado nulo al estar motivo por un motivo discriminatorio.

La empresa demandada, niega el móvil discriminatorio en el despido y afirma que, aunque el trabajador devino trabajador indefinido por ser destinado a otra obra para la que fue contratado, la única causa del despido fue la finalización de la obra; hechos que no constan en la sentencia.

TERCERO.- NULIDAD DEL DESPIDO.-

El 1 de diciembre de 2015 entro en vigor la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. El artículo 3 refiere:

Cuando el facultativo del servicio público de salud o de la mutua considere que se trata de un proceso de duración estimada corta, media o larga, consignará en el parte de baja la fecha de la siguiente revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá en más de siete días naturales a la fecha de la baja médica, tratándose de procesos de duración estimada corta o media, o de catorce días naturales tratándose de procesos de duración estimada larga.



En la fecha de la primera revisión médica se extenderá el parte de alta o, en caso de que proceda mantener la baja, el primer parte de confirmación, de acuerdo con lo indicado en el artículo siguiente.

En el anexo I de esa Orden se recoge el modelo de parte a entregar a la empresa en el que se tiene que consignar el tipo de proceso si es muy corto, corto, medio o largo, la duración estimada en días y la fecha de la siguiente revisión médica.

Así en el caso del proceso del actor la empresa tenía que conocer el día 2 de marzo de 2017 que tipo de proceso se trataba, y por tanto, lo inusual de la duración estimada de la incapacidad temporal del actor que se fija en su duración máxima de 365 días.

CUARTO.- Ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la causa de nulidad de despido por discapacidad del trabajador. Así en la sentencia de 19 de mayo de 2017, recurso 1071/2016 se refiere: La condición personal de discapacidad es causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que dió nueva redacción al artículo 4.2.c), párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores (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). Y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), considera que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

VIGESIMOPRIMERO.- Pero como señala la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, recurso 3348/2014, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables, porque "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 (.) 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".

VIGESIMOSEGUNDO.- En este mismo sentido, la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), considera que la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de los conceptos de enfermedad y discapacidad, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que "la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período", por lo que "una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78"; que "ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad" y que "no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva", que son discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual.

VIGESIMOTERCERO.- Ello no obstante, la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, considera que el concepto de "discapacidad" a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, 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 comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. Es decir, que una enfermedad de larga duración que provoque limitaciones con incidencia en el ámbito profesional puede ser calificada de discapacidad.

En fecha 1 de diciembre de 2016 se dicta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en relación con el concepto de discriminación indirecta por discapacidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78 y sobre esta sentencia y la evolución en esta materia ya tuvo ocasión de pronunciarse el TS en su sentencia de 15 de marzo de 2018, recurso 2766/2016 y refiere: Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que sucesivas resoluciones del TJUE pudieran tener en litigios sometidos a nuestra consideración pudiendo citar las recaídas el 30 de mayo de 2016 (Rcud. 3348/2014), 21 de septiembre de 2017 (Rcud. 782/2016). Las citadas resoluciones se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de junio de 2006 en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013- asunto Ring acumulados C 335/11 y C 337/11 y de 1



de diciembre de 2016, asunto **Daouidi**- C 345/15). Con posterioridad el TSJUE ha incidido nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero- C 270/16 , que reitera el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.

En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C- 13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C- 335/11 y C- 337/11 (Ring) así como en el C- 395/15(asunto **Daouidi**): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional la Directiva 200/78 de 27-11 cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

"(art. 1); "se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una ir discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo" (art. 2); "Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos.... (art.3)"

En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:

" .- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:

"1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).



A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva."

En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 200/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que "el concepto de " discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: "41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de " discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de " discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57)."

Al historial del análisis de la Directiva 200/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15), (**Daouidi**) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 200/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias."

Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de " discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador" sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora.



QUINTO.- El punto clave es determinar si la limitación del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, es o no de larga duración y debe analizarse respecto del estado de incapacidad del actor en la fecha en que se decide adoptar contra él el acto presuntamente discriminatorio, esto es, el despido.

La empresa a 2 de marzo de 2017 conocía, lo inusualmente larga que se fijó la duración estimada de la incapacidad temporal del actor, en el plazo máximo de 365 días. Con este dato, no sólo era clara la larga duración sino la gravedad de la enfermedad común que determinaba la misma, lo que exigía desde el inicio fijar su duración en su plazo máximo.

Asimismo la enfermedad afecta a las cervicales y tratándose de un trabajador oficial 3º de oficio en una empresa que se dedica a trabajos verticales, es lógico inducir el carácter incapacitante permanente que pudiera tener al término de la incapacidad temporal de tan larga duración.

Se cumple así con los dos indicios a los que el TJUE anuda la consideración de la enfermedad del actor como discapacidad, para entender que ese fue el motivo del despido del actor y que, por tanto, estamos ante un despido nulo por discriminatorio.

No existe prueba de las causas invocadas para la terminación del contrato, y la empresa se conforma con la improcedencia del despido, con lo que debe partirse de la inexistencia de causa y concurriendo los presupuestos para considerar la enfermedad del actor como discapacidad, la consecuencia debe ser la nulidad del despido por discriminatorio.

QUINTO.- La estimación del recurso, supone declarar la nulidad del despido con obligación de readmisión del trabajador, debiendo abonar los salarios de tramitación, desde la fecha de alta de la incapacidad temporal hasta la efectiva readmisión; y ello por no ser compatible los salarios de tramitación con el abono de la prestación de incapacidad temporal.

En cuanto a la pretensión de condenar al abono de una indemnización por la lesión del derecho fundamental, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo que refiere:

TERCERO.- 1.- El examen de la cuestión de fondo nos lleva a confirmar la decisión recurrida, habida cuenta de la evolución que nuestra doctrina ha tenido en la materia de que tratamos - indemnización por daño moral en la infracción de derechos fundamentales- y que ha comportado el abandono del criterio que representa la decisión de contraste, para situarnos en la doctrina aplicada por la sentencia recurrida, tal como ha quedado expuesto en multitud de resoluciones (así, sirvan de ejemplo las SSTS 02/02/15 -rco 279/13-; 05/02/15 -rco 77/14-; 13/07/15 -rco 221/14-; 18/05/16 -rco 37/15-; 02/11/16 -rco 262/15-; 26/04/16 -rco 113/15-; 18/05/16 -rco 150/15-; 24/01/17 -rcud 1902/15-; y 05/10/17 -rcud 2497/15-), y cuyo criterio seguiremos a continuación, reproduciendo párrafos de la STS 02/02/15 [rco 279/13].

2.- Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos - indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92-; y 08/05/95 -rco 1319/94-), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [SSTS 22/07/96 -rco 7880/95 -; ... 11/06/12 -rcud 3336/11-; y 15/04/13 -rcud 1114/12].

Pero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06-], y por la consideración acerca de la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/Iª 27/07/06 Ar. 6548 ; y 28/02/08 -rec. 110/01-] [SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS, precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada"

Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la



lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ..." (SSTS 12/12/07 -rco 25/07-; y 18/07/12 -rco 126/11-).

3.- Añadamos a tales afirmaciones las llevadas a cabo -entre otras- en la STS 13/07/15 [rco 221/14], respecto de que "... al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que "[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima ..., así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño". Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentarse contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum], sino también la de prevención general". Y que "... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [STC 247/2006, de 24/ Julio], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 - rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13-; y 02/02/15 -rco 279/13-). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente".

STS 19 DE DICIEMBRE DE 2017, RECURSO 624/2016

Atendiendo, por tanto, a que la lesión del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de discapacidad implica un daño moral por la lesión del propio derecho y que la sanción mínima que contempla la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, artículo 40, para las infracciones muy graves es de 6251 euros, entiende esta Sala que debe fijarse en dicha cuantía, al no existir ninguna circunstancia para considerar de mayor gravedad la sanción, esto es, que afectará a más de un trabajador o haya causado un mayor daño en el actor.

No habiéndolo entendido en el mismo sentido la Magistrada de instancia, procede revocar parcialmente la sentencia, declarar el despido nulo y condenar a la empresa al abono de la indemnización de 6251 euros por la lesión del derecho.

SEXTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto a las costas del presente recurso.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Francisco , contra Sentencia 000426/2017 de 14 de diciembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife en los autos de 0000608/2017-00, sobre Despido, con revocación de la misma parcialmente, y en su consecuencia: Declaramos la nulidad del despido del actor de fecha 5/6/2017, debiendo la demandada, VERTICAL III TECHNICAL ROPE ACCESS SL., proceder a su readmisión con abono de los salarios de tramitación a razón de 43,63 euros días brutos, desde el alta de la incapacidad temporal y hasta la efectiva readmisión.

Deberá comunicar al trabajador, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito, para el caso de estar de alta de su proceso de incapacidad temporal.

Dejamos inalterada la condena de cantidad que fija el fallo de la sentencia en su tercer párrafo, así como el cuarto párrafo del mismo.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos



acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

Ignorar palabra Ignorar todas