



Roj: **STSJ PV 3278/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:3278**

Id Cendoj: **48020340012018101988**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2018**

Nº de Recurso: **1885/2018**

Nº de Resolución: **2053/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS ITURRI GARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 1885/2018

NIG PV 48.04.4-18/000325

NIG CGPJ 48020.44.4-2018/0000325

SENTENCIA Nº: 2053/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a veintitrés de octubre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y doña MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por don **Gaspar** contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de los de Bilbao, de fecha 3 de julio de 2018, dictada en los autos 37/2018, en proceso sobre *DESPIDO* y entablado por don Gaspar frente a **PASAT ASISTENCIA S.L.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1º .- El demandante D. Gaspar, ha venido prestando servicios para PASAT ASISTENCIA S.L., con una antigüedad de 24/10/2017, categoría profesional de oficial de 1ª y salario mensual de 1.325,03 euros, sin p/p de pagas extras.

2º .- Actor y demandada suscribieron contrato de interinidad para la sustitución del trabajador D. Jeronimo.

3º .- El demandante causó baja médica como consecuencia de lumbago y contusión hombro derecho y rodilla izquierda lesiones sufridas con fecha 24/11/2017.

En virtud de referencias del demandante la Mutua de accidentes de Trabajo y Enfermedad profesional MUTUALIA ha reconocido la baja laboral desde el 24/11/2017, si bien se encuentra pendiente de confirmación de contingencia.



4º. - Al actor se le comunicó verbalmente la extinción del contrato de trabajo con fecha 24/11/2017.

5º. - Con anterioridad a la contratación existieron llamadas previas entre la empresa y demandante para la contratación, si bien el trabajador inició su prestación de servicios en la fecha señalada.

6º. - El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal o sindical alguno.

7º. - Se llevo a cabo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: *Que estimando en parte la demanda formulada por D. Gaspar frente a PASAT ASISTENCIA S.L., debo declarar y declaro el despido causado al demandante como improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno a la empresa demandada, a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 279,51 euros; y sin que procedan salarios de tramitación salvo que la empresa opte por la readmisión del trabajador lo que lo serán desde la fecha del alta médica hasta la notificación de esta sentencia a razón al día de 50,82 euros.*

TERCERO. - Don Gaspar formalizó en tiempo y forma recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por PASAT ASISTENCIAS.L, también en tiempo y forma.

CUARTO.- En fecha 28 de septiembre de 2018 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 5 de octubre, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 23 de octubre 2018.

Habiéndose llevado a cabo tal deliberación, se dicta seguidamente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Don Gaspar formula recurso de suplicación contra la sentencia que declara improcedente el despido que actuó Pasat Asistencia, S.L. con fecha de efectos del día 24 de noviembre de 2017, pretendiendo con el mismo que se estime íntegramente la demanda, sólo parcialmente estimada en la sentencia recurrida.

Examinado el escrito de formalización del recurso, de un lado pretende que el despido sea calificado como nulo y de otro, que, en todo caso, se fije una mayor indemnización para el despido improcedente, pues defiende una mayor antigüedad en la relación laboral que la considerada por el Juzgado.

A defender este último extremo dedica los motivos de impugnación primero y segundo de su escrito de formalización, planteando los motivos con cita respectiva de los puntos c y b del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), mientras que a la defensa de la nulidad del despido se dedica el tercer y último motivo de impugnación, formalmente enfocado por la vía del apartado c de tal precepto.

Dicho recurso es impugnado por la sociedad demandada aludida, que presenta un escrito de impugnación del recurso en el que se opone a los indicados tres motivos de impugnación y termina pidiendo que se desestime el recurso, se confirme la sentencia recurrida y se impongan las costas del mismo a la parte recurrente.

SEGUNDO.- Primer y segundo motivo de impugnación.

La parte recurrente pretende que se ha de modificar la antigüedad en la relación laboral, defendiendo que ésta no es la que se indica en el hecho probado primero de la sentencia, 24 de octubre de 2017 , sino la de 17 de junio de 2017 .

Como era extremo polémico entre partes, sobre ello resuelve el Magistrado autor de la sentencia en el tercer fundamento de derecho, donde considera que la prueba testifical practicada a su presencia impone su convicción a favor de las tesis que sostenía la empresa en este extremo, razonando después que los mensajes vía telefónica que aporta el demandante con su documental son mínimos y no revelan efectiva prestación de servicios.

La recurrente no incide sobre los mismos, que no tienen efectivamente fuerza suasoria en orden a fijar una antigüedad previa a la considerada por el Juzgador, sino que cita el artículo 90, punto 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social , para advertir que pidió concreta prueba documental (boletines de cotización de la empresa desde junio de 2017) con la demanda, dicha prueba fue admitida y no se presentaron ni de forma anticipada a juicio, ni en juicio. Relaciona esto con una serie de datos que suministró un testigo propuesto por la empresa y que depuso en juicio sobre la actividad de un tercer trabajador, que habría sido compañero de trabajo y entiende que esos boletines de cotización hubiesen permitido acreditar que ese tercero dejó la empresa en julio.



En realidad, lo que la recurrente pretende es que se de por confesa en esa antigüedad a la empresa en razón de esa falta de aportación de prueba documental, siendo que, tanto el artículo 90, punto 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social como el más adecuado artículo 94, punto 2 de la Misma, que se refiere a la circunstancia concreta de no aportación de prueba documental por la parte que fuere requerida a ello, fijan una potestad judicial a utilizar en función de las circunstancias concurrentes, que no un efecto automático y directo de que se ha de tener por confesa a la parte y así lo ha expuesto la jurisprudencia. Por todas, sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 27 de abril de 2004 .

En consecuencia, no se puede hablar de que se haya infringido aquella normativa, que no impone obligación legal alguna al Juzgador, siendo que el Juez valoró lo discutido entre partes en relación a la antigüedad en base a una prueba directa: prueba testifical.

Por otra parte, en realidad, no pretende que se de por confesa a la empresa en orden a la antigüedad como tal, sino para precisar las fechas en que estaba en la empresa un tercero en la empresa y en base a un testimonio, medio de prueba que es inhábil en todo caso para la reforma fáctica vía suplicación laboral ex artículo 193, apartado b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social en relación con su artículo 196, número 3.

En consecuencia, desestimamos ambos motivos de impugnación.

TERCERO.- Tercer motivo de impugnación.

En este caso, el recurrente cita como infringidos el artículo 55, punto 5 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 30 de octubre), el artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y el artículo 14 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978.

Sostiene que el demandante fue despedido al tener un accidente de trabajo que produjo baja laboral y que, por ello, debe considerarse que el despido fue discriminatorio y por tanto, nulo.

Empero, se ha de destacar que en los hechos probados de la sentencia consta baja médica en fecha 24 de noviembre de 2017 , estando pendiente de confirmar la contingencia, al igual que en tal fecha se data el despido verbal de demandante. Por tanto, como quiera que tal punto fáctico de la sentencia no se discute, a ello hemos de estar y no se puede partir de que nos encontremos ante un caso de accidente de trabajo, lo que es negado en el quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida.

Y partiendo de lo anterior, el Juzgado ya advierte que nuestra jurisprudencia ya advierte que el principio general es que el despido del trabajador en situación de baja laboral en términos generales da lugar a la declaración de improcedencia. Y ello es así, puesto que, si bien otra era la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores, desde la reforma producida en el artículo 55 del mismo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo , así se ha interpretado tal precepto por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo desde la clásica sentencia 29 de enero de 2001 (recurso 1566/2000) hasta la más reciente de 15 de marzo de 2018 y (recursos 2766/2016). Aunque se considerase que efectivamente aquella baja fuese debida a accidente de trabajo, existe alguna sentencia aislada que ha mantenido similar criterio, como es la sentencia de esa Sala Cuarta de 12 de julio de 2012 (recurso 2789/2011) que, sin embargo no es un caso igual al presente, pues trata de un desistimiento en periodo de prueba y contiene un Voto Particular.

El Magistrado autor de la sentencia especula también con la posibilidad de que exista una discriminación por razón de discapacidad y al efecto cita la sentencia **Daouidi**, dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15) y una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencia de 12 de junio de 2017, recurso 2310/2017) que revoca la que había dictado el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, que es el que había propuesto aquella cuestión. Considera que no estamos en presencia de una baja de "larga duración" y por ello, desecha esta posibilidad.

Dicha sentencia **Daouidi** se remonta a la clásica sentencia Chacón Navas de 11 de julio de 2006 (asunto C- 13/05) en cuanto que ya en la misma se sostuvo que no cabe equiparar los conceptos de enfermedad y discapacidad, pues son distintos y a los efectos de otorgar la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad que otorga la Directiva 2000/78, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la enfermedad equiparable a discapacidad ha de suponer siempre una limitación en lo profesional que sea de larga duración ("duradera"), debiéndose valorar ello a la fecha en que se produce el supuesto hecho discriminatorio (sentencias de dicho Tribunal europeo de 11 de abril de 2013 o 18 de diciembre de 2014 , entre otras muchas, asuntos Ring o HK Danmark y Kaltoft).

En esa otra sentencia **Daouidi** que cita el Magistrado, el Tribunal europeo apunta datos que pueden ser indiciarios de si existe esa equiparación entre enfermedad y discapacidad a estos efectos, al mediar limitación



de larga duración y estos son que, a la fecha del supuesto acto discriminatorio -en este caso, el despido- la ineptitud laboral por la enfermedad del interesado no tuviese una perspectiva bien delimitada a corto plazo o que se deduzca que esa limitación va a prolongarse mucho en el tiempo.

Pues bien, si vamos a los hechos probados de la sentencia, de la enfermedad del demandante, con carácter previo o concomitante al despido, sólo nos consta la baja laboral en esa fecha y que se le detectaron dos contusiones y lumbago, lo que no permite considerar aplicable aquella doctrina, pues no se dan esos indicios, como acertadamente se sostiene en la sentencia recurrida.

En consecuencia, desestimamos el recurso.

CUARTO.- Costas.

Desestimándose el recurso, no procede pronunciamiento sobre costas procesales de esta instancia en atención al artículo 235 punto 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y el artículo 2, letra d de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, dado el derecho que asiste a la parte recurrente (beneficio de justicia gratuita).

VISTOS : los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso de suplicación formulado en nombre y representación de don Gaspar contra la sentencia de fecha tres de julio de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de los de Bilbao en el proceso 37/2018 seguido ante ese Juzgado y en el que también ha sido parte Pasat Asistencial, S.L.

En su consecuencia, **confirmamos** la misma.

Cada parte deberá abonar las costas de este recurso que hayan sido causadas a su instancia.

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 Ilmo. Sr. Magistrado 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.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, 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 4699-0000-66-1885-18.

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 4699-0000-66-1885-18.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ