



Roj: **STSJ AS 3480/2017 - ECLI:ES:TSJAS:2017:3480**

Id Cendoj: **33044340012017102508**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2017**

Nº de Recurso: **2272/2017**

Nº de Resolución: **2557/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 02557/2017

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2017 0002765

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002272 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000450/2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Moises

ABOGADO/A: MARCELINO SUAREZ BARO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: GOMEZ OVIEDO SL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL , MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: CRISTINA FERNANDEZ DIAZ, LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº 2557/2017

En OVIEDO, a catorce de noviembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS, formada por los Iltmos. Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ y D. JOSÉ LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, 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 0002272/2017, formalizado por el LETRADO MARCELINO SUAREZ BARO, en nombre y representación de Moises , contra la sentencia número 419/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de OVIEDO en el procedimiento sobre DESPIDO 0000450/2017, seguido a instancia de Moises frente a la empresa GOMEZ OVIEDO SL, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo Sr D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Moises presentó demanda contra la empresa GOMEZ OVIEDO SL, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 419/2017, de fecha once de julio de dos mil diecisiete .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.- Moises , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, suscribió el día 21 de noviembre de 2.014 un contrato de trabajo temporal, eventual por circunstancias de la producción, para prestar servicios como oficial de segunda hasta el 20 de febrero de 2.015. Recibió en esa fecha la cantidad de 1.548,43 euros por fin de contrato temporal. El día 1 de marzo de 2.015 suscribe un nuevo contrato con la misma empresa, para prestar servicios como oficial de primera hasta el 6 de diciembre de 2.015, percibiendo un salario bruto diario, a efectos indemnizatorios, de 53,82 euros, siendo de aplicación a la relación laboral el Convenio colectivo de la construcción.

2.- El día 12 de diciembre de 2.016 acude al Centro médico de Asturias refiriendo torsión de tobillo derecho hace dos días, dolor y aumento de volumen en región maleolar lateral, sin deformidad, pie normal. Se le realizó una radiografía que no mostró lesiones óseas agudas y se le diagnosticó de esguince de tobillo derecho. Inició en esa fecha situación de incapacidad temporal, derivada de accidente no laboral, con el diagnóstico de distensión, esguince tobillo, figurando en el parte que el proceso era corto, con una duración prevista de 22 días. De ese proceso fue dado de alta, por curación/mejoría que permite el trabajo, el día 23 de diciembre de 2.016.

3.- El día 20 de abril de 2.017 acude a la Clínica De la Fuente siendo diagnosticado de tobillo derecho: edema óseo, FR bimaolares y astragalinas, rotura del LPAA y PC, tenosinovitis peronea, esguince II DL ligamento deltoideo, espolón, fascitis, pautándose fisioterapia.

4.- El día 11 de mayo de 2.017 inicia nuevo proceso de incapacidad temporal, derivada de accidente no laboral, con el diagnóstico de esguince tobillo derecho, cirugía, figurando en el parte que es un proceso corto, con duración estimada de 22 días.

5.- El día 16 de mayo de 2.017 la empresa le entrega comunicación del siguiente tenor literal "Muy Sr. Nuestro: Al venir manteniendo un bajo rendimiento en el desarrollo de su trabajo, esta empresa entiende que ha incurrido usted en una falta laboral calificada como muy grave en el artículo 54 e) del Estatuto de los trabajadores , por lo que se le impone la sanción de despido con efectos al día de hoy. Así mismo se procede a efectuarle la liquidación al día de hoy".

6.- El actor se encarga del mantenimiento y reparación de dumpers, cargadoras de ruedas y excavadoras principalmente, funciones que realizan, también, Pedro Enrique y Baltasar . En el período comprendido entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2.017, Baltasar realizó un total de 240 revisiones y Pedro Enrique realizó un total de 246, habiendo realizado el actor un total de 207 revisiones.

7.- El demandante no es ni ha sido representante de los trabajadores.

8.- El acto de conciliación celebrado el día 8 de junio de 2.017 terminó con el resultado de sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Moises contra la empresa Gómez Oviedo S.L. y el Fondo de garantía salarial debo declarar y declaro improcedente el despido acordado por la empresa demandada con fecha 16 de mayo del año 2.017 y, en consecuencia, condeno a la empresa demandada a



que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia opte entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización de cuatro mil cuatrocientos cuarenta euros con quince céntimos (4.440,15 euros) y en el caso de que se opte por la readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de un salario diario de 53,82 euros, a excepción del período que haya permanecido en situación de incapacidad temporal, con la advertencia que, de no optar expresamente, se entenderá que procede la readmisión y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de garantía salarial en los supuestos y límites legalmente establecidos.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Moises formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 7 de setiembre de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 2 de noviembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Interpone la parte actora recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia, parcialmente estimatoria de las pretensiones deducidas en su demanda, en el que interesa la revisión del relato fáctico de aquélla, con adecuado encaje en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, y denuncia la infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, al amparo de la letra c) de dicho precepto. El recurso es impugnado por la empresa demandada.

Respecto de aquél primer motivo debe de recordarse que es doctrina consolidada, cuya reiteración excusa su pormenorizada cita, la que declara que para evitar que la discrecionalidad jurisdiccional se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia, éste debe de adecuarse a la observancia de determinados requisitos, a saber:

1º) La revisión de la versión histórica de una Sentencia no permite ni faculta al Tribunal ad quem a efectuar nueva valoración global y conjunta de la totalidad de la prueba practicada, sino que la misma se limita y debe operar sólo sobre la invocada en el escrito de formalización, documental y/o pericial, que además debe de ser patentemente demostrativa del error de hecho denunciado.

2º) No cabe admitir la variación fáctica de aquélla amparada en las mismas pruebas que han servido para su fundamento puesto que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Magistrado a quo por un juicio valorativo personal y subjetivo del recurrente, parte interesada en el proceso.

3º) En el supuesto de medios de prueba contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones opuestas e incompatibles, debe de prevalecer la solución fáctica adoptada por el Juzgador de instancia a quien corresponde, en el uso de las facultades a él conferidas en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, valorar de entre el material probatorio practicado el que considere más atinado objetivamente o de superior valor científico, siempre que su libre apreciación sea razonable.

Sólo la conjunta concurrencia de los presupuestos reseñados permitirá, en su caso, la prosperabilidad del motivo de suplicación analizado, lo que es predicable en el supuesto que nos ocupa de la variación fáctica propuesta, sustentada en el documento que figura en las actuaciones acotado al folio 33, medio probatorio al que el ya citado artículo 193 b) otorga validez y eficacia al fin pretendido. Así las cosas ha de adicionarse al Hecho Probado Tercero de la Resolución impugnada el siguiente texto: "Valorar cirugía".

SEGUNDO. - En el segundo de los motivos esgrimidos se denuncia la vulneración por de los artículos 14 y 15 de la Constitución, de la Directiva 2000/78, del Consejo de Europa, de 27 de Noviembre y de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 1 de Diciembre de 2016.

El demandante impugna la Sentencia de instancia, en la que se aborda y resuelve negativamente la cuestión relativa a la posible nulidad de su despido basada en la discriminación por enfermedad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 2017 analiza las diferentes resoluciones del Tribunal Europeo sobre la materia, incluida la invocada en el recurso, y afirma:

"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 2000/78 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 11-4-2003 (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 2000/78 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, 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, 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 2000/78 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 2000/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias".

TERCERO.- En el caso que nos ocupa nos encontramos:

A) Con que el accionante acude el día 12 de Diciembre de 2016 al Centro Médico de Asturias refiriendo torsión de tobillo derecho, iniciando en tal fecha un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente no laboral con el diagnóstico de distensión, esguince de tobillo, constatándose en el parte de baja que el proceso era corto con una duración prevista de 22 días; sin embargo 11 días después se emitió parte de alta por curación/mejoría que permite el trabajo (Hecho Probado Segundo).

B) Con que el 20 de Abril de 2017 el trabajador acude a la Clínica De la Fuente, plasmándose en el Informe Médico en tal fecha expedido (folio 33) el diagnóstico y circunstancias detallados en el ordinal Tercero, con la adición fáctica ya antes razonada.

C) Que el 11 de Mayo inicia nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma contingencia, indicándose en el parte: esguince de tobillo derecho, cirugía, precisándose sin embargo que se trata de un proceso corto con duración estimada de 22 días (H.P. Cuarto).

D) Finalmente que el día 16 de Mayo recibe el actor la comunicación extintiva de su contrato de trabajo que se transcribe en el ordinal Sexto.

Al margen de otras consideraciones, los datos que anteceden permiten afirmar que difícilmente puede atribuirse a la situación del recurrente y a la limitación provisional derivada de su enfermedad el valor de durabilidad (larga duración) que permita proyectar al caso la noción de discapacidad confeccionada a partir de la ya analizada Directiva 2000/78, del Consejo de Europa, de 27 de Noviembre, no pudiendo por tanto asentar sobre la misma la finalidad discriminatoria de la decisión empresarial enjuiciada.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Moises contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo de fecha 11 de Julio de 2017 , dictada en proceso por aquél promovido frente a la empresa GOMEZ OVIEDO, S.L., habiendo sido parte el Fondo de Garantía Salarial y el Ministerio Fiscal, seguido en materia de despido e indemnización por vulneración de derechos fundamentales, confirmamos la Resolución de instancia.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina** , que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS , con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 ?), estando exento el recurrente que** : fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".



Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ