



Roj: **STSJ PV 3949/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:3949**

Id Cendoj: **48020340012017102360**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **2345/2017**

Nº de Resolución: **2500/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Recurso de suplicación **2345/2017**

**NIG PV 48.04.4-17/001435**

**NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0001435**

SENTENCIA Nº: 2500/2017

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

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 19 de diciembre de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, 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 Josefa contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 20 de septiembre de 2017, dictada en proceso sobre DSP (DESPIDO DISCIPLINARIO), y entablado por Josefa frente a **EXCLUSIVAS NOVADECOR S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL**.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, 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**.- D<sup>a</sup> Josefa, con DNI nº NUM000, ha venido prestando servicios laborales por cuenta y órdenes de la empresa EXCLUSIVAS NOVADECOR S.L. desde el 1/10/2015, con categoría profesional de contable y salario mensual de 2.000 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extra.

La trabajadora y la mercantil suscribieron un contrato de trabajo temporal del 1/10/2015 al 31/03/2016 que se transformó en indefinido en la última fecha.

**SEGUNDO**.- Resulta de aplicación a las partes el Convenio Colectivo de Comercio en general de Bizkaia.

**TERCERO**.- La trabajadora cayó en situación de IT el 26/09/2016, siendo calificado en el parte médico de baja el tipo de proceso como corto, con una duración estimada de 11 días, confirmándose el 2/10/2016 en los mismos términos y el 16/10/2016 como proceso corto con una duración estimada de 30 días, el 13/11/2016



como tipo de proceso medio con una duración estimada de 60 días y el 18/12/2016 como tipo de proceso largo con duración estimada de 100 días con el diagnóstico delumbago. El 22/01/2017 se emitió nuevo parte de confirmación donde se recogía tipo de proceso largo y duración estimada de 200 días, lo que se confirmó el 26/02/2017.

La RMN practicada a la trabajadora el 25/11/2016 arrojaba como impresión diagnóstica "Degeneración moderada en disco L5-S1, donde se aprecia un desbordamiento discartrósico global asimétrico, de mayor distribución paracentral/ laterofoaminal izquierda, aunque sin claro efecto compresivo sobre raíces izquierdas adyacentes, por RM, siendo la conclusión de la EMG de 3/11/2016 "estudio ENG y EMG compatible con afectación neurógena de musculatura dependiente de nivel lumbar L5 ida., con datos de denervación aguda activa leve en territorio L5 izdo".

**CUARTO.-** La mercantil comenzó un proceso de selección para una nueva trabajadora como contable a mediados de noviembre de 2,016 a través de Infojobs, seleccionando finalmente a D<sup>a</sup> Vanesa , quien comenzó a prestar servicios para ella a principios de diciembre de 2.016.

**QUINTO.-** El 12/01/2017 la mercantil dio de baja a la trabajadora en la Seguridad Social y le entregó carta de despido que adjuntada a la demanda se da por reproducida y que, entre otros extremos, recogía:

"Por la presente se le comunica que la dirección de esta empresa, donde usted presta sus servicios, en uso de las facultades que le confiere el Estatuto de los Trabajadores, ha decidido extinguir su contrato de trabajo desde el día 12 de enero de 2.017.

Que los motivos de la extinción de su contrato de trabajo por despido, se deben a estar incurso en las causas tipificadas en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 54-2 apartado e ), debido a sus continuos errores en su trabajo habitual.

Con esta fecha la dirección de la empresa, ha decidido extinguir su contrato de trabajo, al considerar que los hechos referidos, constituyen un incumplimiento contractual muy grave."

**SEXTO.-** La trabajadora no ostenta ni ha ostentado el último año representación alguna de los trabajadores.

**SÉPTIMO.-** Señalado acto de conciliación el 9/2/2017 finalizó con el resultado de intentado sin AVENENCIA."

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

" **Que ESTIMANDO en su petición subsidiaria** la demanda formulada por D<sup>a</sup> Josefa frente a la empresa EXCLUSIVAS NOVADECOR S.L., **debo declarar y declaro el despido causado al actor como improcedente** y en su consecuencia debo condenar y condeno a la empresa a que en el **p lazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia** opte **entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización** de 2.893,15 euros y, en caso de **optar la mercantil por la readmisión** , a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 12 de enero de 2.017, hasta la notificación de esta sentencia a razón de 65,75 euros/ día. Por último, procede **absolver** al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderle en ejecución de Sentencia . "

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social nº 5 de los de Bilbao dictó sentencia el 20-9-2017 en la que estimó la demanda interpuesta por la trabajadora, y declaró improcedente el despido acontecido, y ello por entender que la causa esgrimida en la carta remitida el 12-1-2017 no se había acreditado; rechazando, a su vez, la nulidad del despido por una posible causa de discriminación en razón a concurrir una discapacidad en la actora, y ello por entender que encontrándose la demandante, al tiempo de la resolución contractual empresarial, en situación de Incapacidad Temporal, ésta no constituía una discriminación por razón de discapacidad, en cuanto que la situación -padecimiento- no se acreditaba que fuese duradera, de conformidad a la exigencia que al efecto requiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en estos temas.

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora y, en un único motivo, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS , denuncia la indebida aplicación e interpretación del art. 55,5 ET en relación a los arts. 14 y 15 CE , 1 , 2 y 3 de la Directiva 200/78 y 6 del Convenio 158 OIT.

En síntesis, el recurrente entiende que la situación de la trabajadora es y era duradera, y que fue la causa de la extinción del contrato, precisamente, la Incapacidad Temporal que se prolonga en el tiempo, de forma que, invocando distinta jurisprudencia, concluye que se ha producido un despido que debe calificarse de nulo por



ser su causa un factor de discriminación como era la Incapacidad Temporal ¿IT- duradera y previsiblemente extensible en el tiempo de la trabajadora.

Los elementos fácticos concurrentes son que la trabajadora tenía una antigüedad datada del 1-10-2015. Inicia un proceso de Incapacidad Temporal el 26-9-2016 que continúa y el 18- 12-2016 se conceptúa de largo con una duración estimable de 100 días. El 22-1-2017 es diagnosticada la baja de larga con una duración estimable de 200 días. La empresa procede al despido de la trabajadora el 12-1-2017 y la causa del mismo es errores en su trabajo habitual. Esta causa no se ha acreditado en la fase de cognición practicada en la instancia.

Estos son los datos y los elementos jurídicos para considerarlos nos remiten a una discriminación por razón de la integridad física de la actora, y, más específicamente por causa de discapacidad en el sentido esgrimido e interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 1-12-2016, asunto C-395/15 .

La Normativa Comunitaria, directiva señalada por el recurrente, nos remite a un concepto de discriminación por razón de discapacidad que ha asumido nuestra normativa propia y, en concreto, fuera del ámbito Constitucional, el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, configura la discapacidad como la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barrera que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás personas.

Los planos, sigue la norma, de la discapacidad se articulan dentro de la discriminación directa, que es aquella en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad; y en el plano de la discriminación indirecta, que existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, ocasionan una desventaja particular a una persona respecto de otras, por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

Podemos considerar rebasada la conceptualización de la discapacidad en base a una concreta resolución administrativa que así lo declare. Puede apreciarse, hoy en día, una discapacidad, y una discriminación por dicha causa, cuando los elementos fácticos conducen a objetivar una situación de IT de la persona que por razón de su situación física se prolonga en el tiempo, separándola del contrato de trabajo que ha quedado suspendido.

Los dos requisitos necesarios para apreciar, en el entorno en el que nos movemos, una posible discriminación son los siguientes: una situación que pueda conceptuarse de limitación de la capacidad de la persona, dentro del ámbito de la discapacidad que legalmente hemos definido; y, segundo, que esa limitación se muestre duradera en el tiempo, como un estado que se presenta prolongado o largo.

**TERCERO.-** Como elementos concurrentes de conexión con la discriminación podemos determinar y acudir a los siguientes: en primer término, si la resolución contractual obedece a una causa objetiva, autónoma y ajena a cualquier conector con la Incapacidad Temporal, o por el contrario no existe la causalidad del despido que ha invocado la empresa; segundo, si la empresa acredita una causa justificativa del despido que no resulta contraria a la práctica del contrato de trabajo; y, tercero, que exista un conocimiento de la situación de Incapacidad Temporal indiferente a cualquier previsibilidad de duración o de permanencia en el tiempo del riesgo protegido. En definitiva, si es posible valorar que la Incapacidad Temporal resulta anodina en la voluntariedad del empleador que resuelve, el despido no incurre en ninguna causa de discriminación.

Es necesario, por tanto, la fijación de un punto de delimitación del contorno de la discriminación, desde el que bascule la calificación del despido por causa de una voluntad ajena a la contingencia ¿IT-, o por causa de ella.

Pero, este factor delimitativo no puede enervar la posibilidad de una discriminación objetiva. Nos explicamos: cuando concurren todos los datos de conocimiento de la IT, durabilidad y limitación de la situación de la trabajadora, resulta difícil pensar que el empleador, cuando tiene cabal conocimiento de todos los extremos, quede ajeno a una discriminación activa y directa, pues, entonces, lo que debe concurrir es una carga invertida de la prueba, donde el empleador acredite que su resolución está al margen de todo ello. Los parámetros objetivos obligan a que el empresario muestre que su conducta es ajena a cualquier discriminación por la IT.

**CUARTO.-** Tengamos en consideración, respecto a la Incapacidad Temporal la regulación de la misma. En primer término, los arts. 169 y 174 LGSS establecen una acotación temporal que nos conduce a un arco de tiempo de hasta 545 días de duración de la misma. En segundo lugar, el RD 625/2014, de 18 de julio, relativo a la gestión y control durante los 365 días iniciales de la situación de Incapacidad Temporal, previene que los procesos son calificados hasta en cuatro grupos, art. 2, punto 3º del Reglamento citado. Por último , art. 7 de



este Real Decreto , los partes de baja y de confirmación se entregan al trabajador con dos copias, una para el mismo, y otra con destino a la empresa.

En un primer estadio de nuestro caso, parte inicial de Incapacidad Temporal, se conceptúa de corto el proceso de IT, pero, posteriormente, 18-12-2016, ya se fija un período largo de hasta 100 días que posteriormente el 22-1-2017 se prolonga hasta 200 días de previsibilidad.

La situación médica es etiquetada de afectación lumbar, con una degeneración moderada en disco L5-S1, apreciándose un desbordamiento discartrósico global asimétrico.

La empresa conoce al menos el parte de 18-12-2016 y el pronóstico de duración de hasta 100 días, que posteriormente se alarga a 200 días, aunque ya se ha procedido al despido el 12-1-2017. La cuestión, por tanto, consiste en determinar si nos encontramos ante un proceso de duración largo, pues hay una imposibilidad física que afecta a la trabajadora (primero de los requisitos que hemos citado: uno era la situación impeditiva física y el otro la durabilidad del proceso que se conceptúa de largo).

La conclusión después de agrupar todos los elementos fácticos que hemos definido hasta ahora nos conducen a entender que la empresa, cuando conoce que la situación de la Incapacidad Temporal de la trabajadora va a ser larga procede, a su despido.

El despido no se ajusta a ninguna causa acreditada en la instancia, y la misma invocación y exposición disciplinaria de la carta nos demuestra su falta de consistencia. Así es: nada consta en el relato fáctico de un incumplimiento de la trabajadora, y además se le imputan errores continuos en su trabajo habitual, cuando ya han transcurrido prácticamente 4 meses desde que inició su proceso de baja. A ello unimos la falta de delimitación o definición de los presuntos errores cometidos.

Tenemos, por un lado, la falta de justificación de la causa extintiva que se ha efectuado mediante la articulación de la vía disciplinaria que se otorga al empresario; y, a su vez, una situación de Incapacidad Temporal que cuando es definida de " larga " motiva el despido (es clara la conexión temporal entre la Incapacidad delimitada el 18 de diciembre de 2016 y el despido, así como la nueva duración de hasta 200 días diagnosticada posteriormente el 22-1-2017).

En esta tesitura, podemos concluir que la demandante ha sido discriminada, por su situación de Incapacidad Temporal relacionada con la duración de la misma, la que ha motivado una imposibilidad física relacionada con su estado de salud.

La obtención de esta conclusión nos lleva, finalmente, a la declaración del despido nulo, estimando el alegato del recurrente que consideramos que contenía una exposición más que suficiente a los efectos de la admisibilidad del motivo (la empresa en su impugnación denunciaba un defecto de argumentación en cuanto que incluía resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia).

Se estima el recurso, y se hace sin declaración de costas por aplicación del art. 235 LRJS .

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

## FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao de 20-9-2017 , procedimiento nº 146/2017, por don Iñigo Molina Martínez, Letrado que actúa en nombre y representación de doña Josefa , y con revocación de la misma se declara nulo el despido acontecido el 12-1-2017, condenando a la empresa Exclusivas Novadecor, S.L., a estar y pasar por la anterior declaración, y a que readmita a la trabajadora en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad al despido, y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión, a razón de 65,75 euros día, sin costas, manteniendo la absolución del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle en ejecución de sentencia.

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, devuélvase 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 Iltrmo/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 4699-0000-66-2345-17.

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- 66-2345-17.

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 regimen 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.