



Roj: **STSJ AR 586/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:586**

Id Cendoj: **50297340012018100235**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **211/2018**

Nº de Resolución: **258/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00258/2018

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax: 976208405

NIG: 50297 34 4 2018 0100214

Equipo/usuario: ACA

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000211 /2018

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000271 /2017

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña JUANCIBI S.L.

ABOGADO/A: MANUEL ORERA AZNAR

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Tania

ABOGADO/A: ELVIRA GUERRERO FERNANDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Rollo número 211/2018

Sentencia número 258/2018

M.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL



D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a nueve de mayo de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 211 de 2018 (Autos núm. 271/2017), interpuesto por la parte demandada la empresa JUANCIBI SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Teruel, de fecha 5 de Febrero de 2018 ; siendo demandante D^a. Tania , sobre despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a. Tania , contra Juancibi SL, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social de Teruel, de fecha 5 de Febrero de 2018 , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D^a. Tania frente a JUANCIBI S.L, DECLARANDO LA NULIDAD del despido de la trabajadora realizado por la empresa con efectos el 4 de septiembre de 2017 y en consecuencia, condeno a JUANCIBI S.L a:

- 1.- La readmisión de la Sra. Tania en su puesto de trabajo, con las adaptaciones necesarias en sus funciones que exijan las limitaciones residuales, que en su caso, pudiera tener, conforme a lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78 .
- 2.- Al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha de despido (4 de septiembre de 2017) hasta que tenga lugar la readmisión, a razón de 37,13 euros, sin perjuicio del descuento o compensación de las prestaciones por incapacidad temporal o desempleo devengadas.
- 3.- Al pago de la indemnización resarcitoria de 6.251 euros por daños morales y de 1.000 euros por daños materiales.
- 4.- Deberá descontarse la cantidad indemnizatoria percibida por la actora en concepto de indemnización por despido objetivo (20 días de salario), que ascendía a 1.702,80 euros.

No ha lugar a condena a cantidad alguna al desistirse por la actora de la reclamación de cantidad por vacaciones".

Con fecha 19 de febrero de 2018 se ha dictado Auto de Aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que SE ACLARA la sentencia 17/2018 dictada en fecha 5 de febrero de 2018 en Autos 271/2017, debiendo corregirse el fallo de la sentencia en el siguiente sentido:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D^a. Tania frente a JUANCIBI S.L, DECLARANDO LA NULIDAD del despido de la trabajadora realizado por la empresa con efectos el 4 de septiembre de 2017 y en consecuencia, condeno a JUANCIBI S.L a:

- 1.- La readmisión de la Sra. Tania en su puesto de trabajo, con las adaptaciones necesarias en sus funciones que exijan las limitaciones residuales, que en su caso, pudiera tener, conforme a lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78 .
- 2.- Al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha en que la trabajadora sea dada de alta médica, hasta que tenga lugar la readmisión, a razón de 37,13 euros.
- 3.- Al pago de la indemnización resarcitoria de 6.251 euros por daños morales y de 1.000 euros por daños materiales.
- 4.- Deberá descontarse la cantidad indemnizatoria percibida por la actora en concepto de indemnización por despido objetivo (20 días de salario), que ascendía a 1.702,80 euros.

No ha lugar a condena a cantidad alguna al desistirse por la actora de la reclamación de cantidad por vacaciones".

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- La demandante D^a. Tania con NIE NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada JUANCIBI S.L, con una antigüedad de 20 de mayo de 2015, categoría profesional de "limpiadora" con salario bruto diario de 37,13 euros con inclusión de prorrata de pagas extras. (Vida laboral: doc. 1 de actora; contratos de interinidad y comunicación de fijo discontinuo: doc. 2 de actora; nóminas de julio de 2015 al julio de 2016: doc. 7 de actora de actora: doc. de liquidación y finiquito: doc. 17 de actora).

La actora ha trabajado con la empresa JUANCIBI S.L 3.488 días, siendo las últimas contrataciones las siguientes:

+ En fecha 20 de mayo de 2017 suscribió contrato de trabajo de interinidad a tiempo completo como "ayudante de camarera", finalizando el día 5 de junio de 2015.

+ En fecha 23 de junio de 2015 se suscribió otro contrato temporal de interinidad a tiempo completo hasta el 30 de junio de 2015 con categoría de "ayudante de camarero".

+ En fecha 1 de julio de 2015 es llamada la actora como fija discontinua con la categoría de "limpiadora".

Desde el 6 al 18 de junio de 2015 la actora estaba desempleada. (Vida laboral: doc. 1 de actora; contratos de interinidad y comunicación de fijo discontinuo: doc. 14 a 16 de actora; nóminas de julio de 2015 al julio de 2016: doc. 7 de actora de actora; doc. de saldo y finiquito: doc. 17 de actora).

SEGUNDO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de la hostelería de Teruel, Resolución de 6 de junio de 2016 del director del servicio provincial de economía y empleo por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del convenio colectivo del sector de la hostelería de la provincia de Teruel. (BOP de Teruel de 16 de junio de 2016; Hecho no controvertido; ámbito de aplicación del Convenio).

TERCERO.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado ningún cargo representativo en la empresa (Hecho no controvertido).

CUARTO.- En 23 de marzo de 2016 la actora sufrió lesión en el hombro por un accidente de trabajo debido a un sobreesfuerzo físico diagnosticándose: "tendinitis de los rotadores", fue dada de baja de nuevo el 10 de junio de 2016 y definitivamente por tal (Parte de alta de MAZ: doc. 4 de actora y solicitud de colaboración: doc. 11 b) de actora).

En fecha 30 de agosto de 2016 la actora es intervenida al presentar rotura del manguito rotador posterior (supra e infraespinoso). Se le dio el alta en fecha 26 de marzo de 2017. (Informe de alta hospitalaria: doc. 12 a) de actora; Parte de alta de MAZ: doc. 4 de actora; informe de traumatología de MAZ: doc. 12 b) de actora).

En fecha 7 de marzo de 2017 se le diagnosticó tras RM de Hombro izquierdo: "tendinopatía del supraespinoso y cambio degenerativo en articulación acromioclavicular". (Informe radiológico: doc. 9 a)).

En fecha 7 de abril de 2017 sufrió una recaída del proceso de 10 de junio de 2016, siendo dada de alta en fecha 16 de abril de 2017. (Parte de alta de MAZ: doc. 5 de actora).

En fecha 12 de abril de 2017, se le diagnóstica: "desgarro o rotura incompletos del manguito de los rotadores del hombro no especificado como traumatismo". (Informe de MAZ: Doc. 11 a) de actora).

En fecha 20 de abril de 2017 el INSS le concede nueva baja por: "dolor en hombro izquierdo" y se le da el alta el 25 de abril de 2017. (Parte de alta de INSS: doc. 6 de actora).

En fecha 5 de mayo de 2017 la trabajadora sufrió una recaída y obtuvo baja por incapacidad temporal por contingencias comunes, por el diagnóstico: "Tendinitis EESS derecha". (Parte médico: doc. 2 de actora).

En fecha 4 de julio de 2017 es remitida a la actora a especialista por estado de ansiedad. (Interconsulta: doc. 13. B).

En fecha 18 de julio de 2017 se le realiza RM de hombro derecho, detectando hallazgos que sugieren "acromioplastia y tendinopatía del supraespinoso sin rotura con fijaciones en el troquíter". (RM de hombro: doc. 10 de actora).

En fecha 4 de septiembre de 2017, así como el 6 de noviembre de 2011, la actora continuaba de baja. (Partes de confirmación: doc. 3 a) y doc. 3 b)).

En fecha 23 de octubre de 2017 se deriva por Traumatología a la paciente para valorar IQ del hombro izquierdo ya que consta en RNM rotura parcial del supraespinoso y algún otro tratamiento en el derecho ya que se han infiltrado ambos y no ha mejorado y tampoco con fisioterapia. (Orden de tratamiento del SALUD de Alcañiz: doc. 21 de actora).



En fecha 31 de octubre de 2017 a la actora se le realiza una resonancia ya que fue intervenida de " *reinserción del supraespinoso e infraespinoso en hombro derecho*". (Informe de resonancia: Doc. 8 de actora; informe de Centro Asistencial de Bajo Aragón: doc. 9 c)).

QUINTO .- En fecha 7 de agosto de 2017 se le presentó a la trabajadora el siguiente documento para que lo firmara: " *Por la presente, yo Tania con DNI número NUM000 , trabajadora de la empresa arriba indicada, solicito a la misma la concesión de vacaciones reglamentarias, bajo la siguiente distribución:*

Fecha de inicio de vacaciones el 9 de agosto 2017.

Fecha fin de las vacaciones: 13 de septiembre 2017.

Días efectivamente disfrutados: 36 días.

En Andorra, a 7 de agosto de 2017.

Fdo.....".

La trabajadora no lo firmó.

(Carta: Doc. 19 de actora; interrogatorio del asesor legal de Empresa D. Demetrio).

SEXTO.- En fecha 21 de agosto de 2017, estando la trabajadora en situación de I.T, la empresa entregó a la trabajadora carta de despido en su domicilio, en la que se indica:

"La dirección de esta empresa de conformidad con lo establecido en los arts. 52 c) y 53 del Texto refundido del ET le comunica la extinción de la relación laboral que nos vincula, con efectos el día 4 de septiembre de 2017 por causas económicas al amparo del primero de los preceptos mencionados. Fundamentándose esta decisión en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas económicas.

Como usted conoce JUANCIBI S.L es una empresa que, con carácter general, orienta su actividad al campo de la Hostelería y colectividades, más concretamente a servicios de catering y comedores escolares.

La empresa, debido a la situación económica general que estamos atravesando, viene registrando pérdidas de forma y manera ininterrumpida desde el ejercicio de 2009.

Las pérdidas de cada uno de los ejercicios, antes de impuestos, son las que a continuación se señalan:

2014 2015 2016

Pérdidas 362.212,37 421.646,98 408.556,57

Por todo lo expuesto se hace necesario amortizar su puesto de trabajo con el fin de lograr reducir los costes de personal.

Con la amortización de su puesto de trabajo se reducen los costes de personal lo que provoca una mejora en la competitividad de la empresa.

En cumplimiento de lo señalado en el art. 53 del ET , se pone a su disposición la indemnización de 20 días de salario por año de servicio en la empresa y que asciende salvo error u omisión, a 1.702,80 euros).

Para ello ponemos a su disposición cheque bancario de la Caja Rural de Teruel nº 63282202 cuya copia se inserta en este escrito:

"Cheque bancario de 1.702,80 euros con día de vencimiento 4 de septiembre de 2017, y misma fecha como fecha de emisión"

Por otra parte, y en cuanto al momento de producirse tal decisión extintiva le comunicamos lo será el día 4 de septiembre de 2017".

El documento de liquidación y finiquito no se acompañó con la carta. El cheque se ofreció a la trabajadora al entregarse la carta pero si firmaba. Al no firmarse la carta no se llegó a recibir el cheque. (Carta de despido doc. 2 acompañado a la demanda y 24 de actora; interrogatorio del asesor legal de Empresa D. Demetrio).

SÉPTIMO.- La actora recibió la indemnización por despido objetivo (20 días de salario por año de servicio) de 1.702,80 euros en fecha 5 de septiembre de 2017. (Reconocimiento de actora; falta de documento que acredite el pago el día 21 de agosto o el rechazo de la actora de coger el cheque tal día).

OCTAVO.- En fecha 10 de julio la actora cobró la cantidad de 679,41 euros y el 10 de agosto de 2017 la cantidad de 724,32 euros. Esta última cantidad se imputa por la actora a las vacaciones reclamadas en la actual demanda, sin oposición de la demandada. (Transferencias: docs. 23 a y b) de actora).



NOVENO.- La empresa en el ejercicio de 2014 disponía de un resultado de cuenta de pérdidas y ganancias de -362.212,37 euros. La empresa en el ejercicio de 2015 disponía de un resultado de cuenta de pérdidas y ganancias de - 421.646,98 euros. La empresa en el ejercicio de 2016 disponía de un resultado de cuenta de pérdidas y ganancias de -361.555,31 euros. (Impuesto de Sociedades, Resultado de la cuenta pérdidas y ganancias, folios 97, 87 y 107, respectivamente, de expediente judicial; memorias de los ejercicios 2014, 2015 y 2016; cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas, folio 153 de expediente judicial.)

DÉCIMO.- La empresa JUANCIBI S.L, han contratado desde el 4 de septiembre de 2017 a distintos trabajadores: D. Luis , D. Teofilo , D^a. Marí Luz , D^a. Elisabeth , D^a. Natalia , D. Agustín , D^a. Amparo , D^a. Gema , D^a. Santiago ; D^a. Carmen , D. Estanislao . (Archivos de TGSS: folios 298 a 1038 de expediente judicial).

UNDÉCIMO.- Se ha agotado la preceptiva vía previa al haberse presentado papeleta de conciliación por la actora en fecha 1 de septiembre de 2017, celebrándose el acto de conciliación en 14 de septiembre de 2017 con el resultado de sin avenencia. (Papeleta y acta de conciliación: doc. 3 y 4 acompañados a la demanda)".

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El debate litigioso radica en determinar si el despido de la actora, realizado cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal, debe declararse nulo. La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por esta trabajadora, declarando la nulidad de su despido. Contra ella recurre en suplicación la empresa demandada, formulando el primer motivo al amparo del apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en el que denuncia la infracción de la Directiva 2000/78, así como de la doctrina jurisprudencial y casacional que cita, alegando, en esencia, que la demandante no tenía la condición de discapacitada cuando fue despedida y postulando que se desestime la demanda.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, establece *"un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...) discapacidad (...) en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato"* (art. 1).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, explica en el apartado e) de su preámbulo *"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"*.

En su art. 1, párrafo 2º, dispone: *"Las personas con discapacidad incluyen a 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"*.

SEGUNDO .- La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [cuando el Tratado de Lisboa entró en vigor, el 1-12-2009, pasó a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE)] de 11-7-2006 (asunto C-13/05 , Chacón Navas), examinó el despido de una trabajadora en situación de incapacidad temporal, sentando la doctrina siguiente:

1) Define la discapacidad como la *"limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional"* (apartado 40).

2) La Directiva 2000/78 utiliza el concepto "discapacidad", lo que supone que el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de "enfermedad", por lo que *"es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos"* (apartado 44).

3) Para que la limitación pueda incluirse en el concepto de discapacidad *"se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración"* (apartado 45).

4) La Directiva 2000/78 no protege a los trabajadores en virtud de la prohibición de discriminación por discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (apartado 47).

5) 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 (apartado 48).

6) *"Ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal"* (apartado 54).

7) *"La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos"* (apartado 57).



TERCERO .- La sentencia del TJUE de 11-4-2013 (asuntos acumulados C-335 y C-337-2011, Ring) interpreta la Directiva 2000/78 conforme a la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, concluyendo que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 *"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"*.

El TJUE explica que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser *"a largo plazo"* (apartado 41), sin que *"la enfermedad en cuanto tal"* pueda considerarse un motivo de discriminación por discapacidad (apartado 42).

CUARTO .- La sentencia del TJUE de 1-12-2016 (asunto C395/15, **Daouidi**), examinó un pleito en el que un trabajador había resbalado en el lugar de trabajo el día 3-10-2014, dislocándose el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado, iniciando un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente laboral. A las dos semanas de ese accidente laboral el Jefe de Cocina contactó con este trabajador interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de su situación de incapacidad temporal. El trabajador le contestó que su reincorporación no podía ser inmediata. En fecha 26-11-2014 la empresa le comunicó su despido por no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento adecuado.

El TJUE explica que en la fecha del juicio oral, unos seis meses después del accidente laboral, el codo del Sr. Rodrigo seguía enyesado y no podía desarrollar su actividad profesional. La consideración de este trabajador como persona con discapacidad exige analizar si esa limitación de su capacidad es duradera. Ni la citada Convención de la ONU, ni la Directiva 2000/78 concretan cuándo dicha limitación es duradera.

1) El concepto de limitación "duradera" de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de "discapacidad" de la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (apartado 51).

2) De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. Rodrigo el régimen jurídico de la incapacidad "temporal" propio del Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera" (apartado 52).

3) Para determinar cuándo la limitación de la capacidad es duradera, el TJUE sienta la doctrina siguiente:

a) El carácter duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del acto presuntamente discriminatorio (apartado 54).

b) Se trata de una apreciación, ante todo, de carácter fáctico (apartado 56).

c) Debe acudir a la técnica indiciaria: que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona (apartado 57).

d) El Juzgado debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales (apartado 58).

QUINTO .- La aplicación de la citada doctrina del TJUE resulta dificultosa porque ese Tribunal utiliza conceptos jurídicos dotados de un importante grado de indeterminación. Debido a ello, existe una importante divergencia entre los Tribunales españoles a la hora de determinar cuándo una baja médica es de larga duración, causando una importante inseguridad jurídica.

Posteriormente la sentencia del TJUE de 18-1-2018 (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), explica que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.

SEXTO .- La sentencia del TS de 3-5-2016, recurso 3348/2014, anterior a la sentencia del TJUE de 1-12-2016, desestimó la alegación de que concurría un despido discriminatorio por causa de enfermedad en un pleito en el que la trabajadora había sufrido un accidente de tráfico el 1-3-2013 que le provocó un "latigazo cervical", iniciando un proceso de incapacidad temporal en dicha fecha, siendo despedida el 11-3-2013, cuando aún se encontraba en situación de incapacidad temporal, habiéndose despedido ese mismo día otras cuatro



trabajadoras, de un total de nueve adscritas al mismo servicio de la actora, que también se encontraban en incapacidad temporal, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio.

El Alto Tribunal argumentó: *"no nos encontramos en el supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato sino, al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio"*.

SÉPTIMO .- La sentencia del TS de 15-3-2018, recurso 2766/2016, rechazó la nulidad del despido en un supuesto en el que la trabajadora había estado en situación de incapacidad temporal desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, fecha en que agotó el plazo máximo de incapacidad, con diagnóstico de trastorno depresivo grave EPI recurrente. Cuando llevaba más de nueve meses de baja, el 31 de julio de 2015, fue despedida disciplinariamente alegando un rendimiento laboral inferior al pactado dado que en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de julio de 2015 estuvo de alta en la empresa 453 días de los cuales solo prestó servicios en forma efectiva durante 164 días. El TS explica que la falta de justificación del despido disciplinario es evidente porque no cabe imputar ninguna responsabilidad por incumplimiento a la trabajadora cuando su ausencia se halla amparada por una incapacidad temporal.

El Alto Tribunal insiste en la distinción entre *"la enfermedad en cuanto tal"* y la discapacidad. La segunda supone una limitación en la participación plena y efectiva en la vida profesional. La primera es una simple baja por enfermedad.

El TS deniega la nulidad del despido porque 1) en la fecha del despido no se había agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, y 2) no existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro. Por ello, no debe identificarse con la noción de "discapacidad", que es distinta de "la enfermedad en cuanto tal".

OCTAVO .- En la presente litis la demandante ha sufrido patologías en los dos hombros y una dolencia psiquiátrica: ansiedad. En el hombro derecho, el día 23 de marzo de 2016 realizó un sobreesfuerzo físico en el trabajo, diagnosticándose: *"tendinitis de los rotadores"*, continuando con su actividad laboral. Fue dada de baja médica el 10 de junio de 2016, siendo intervenida en fecha 30 de agosto de 2016 por presentar rotura del manguito rotador posterior (supra e infraespinoso). Se le dio el alta en fecha 26 de marzo de 2017. Este primer proceso de incapacidad temporal se prolongó durante nueve meses y 16 días.

En fecha 7 de abril de 2017 sufrió una recaída del proceso de 10 de junio de 2016, siendo dada de alta en fecha 16 de abril de 2017. El día 12 de abril de 2017 se le diagnosticó en el hombro derecho: *"desgarro o rotura incompletos del manguito de los rotadores del hombro no especificado como traumatismo"*.

En el hombro izquierdo, el día 7 de marzo de 2017 se le diagnosticó *"tendinopatía del supraespinoso y cambio degenerativo en articulación acromioclavicular"*. En fecha 20 de abril de 2017 el INSS le concede nueva baja por *"dolor en hombro izquierdo"* y se le da el alta el 25 de abril de 2017.

En fecha 5 de mayo de 2017 la trabajadora sufrió una recaída y obtuvo baja por incapacidad temporal por contingencias comunes, por el diagnóstico: *"Tendinitis EESS derecha"*. En el escrito de interposición del recurso de suplicación se afirma que este proceso de incapacidad temporal, durante cuya vigencia se despidió a la actora, se debió a una dolencia en el hombro izquierdo (una tendinopatía), por lo que afectaba a una extremidad distinta de las bajas anteriores. Sin embargo, en el hecho probado quinto consta que obtuvo la baja por tendinitis en la extremidad superior derecha. En realidad este párrafo de la sentencia de instancia se remite al parte médico aportado como documento número dos por la parte actora, en el que aparece como diagnóstico: *"dolor hombro no izdo (L08) + tendinitis EESS derecha"* (folio 221 de las actuaciones).

La demandante padecía tendinitis en ambos hombros. El primer proceso de incapacidad temporal se inició por tendinitis del hombro derecho pero durante el mismo ya se le practicó una RM del hombro izquierdo y se le diagnosticó tendinopatía de ese hombro. Y el último proceso de incapacidad temporal, iniciado el 5 de mayo de 2017, se debió a dolencias en ambos hombros.

En fecha 4 de julio de 2017 fue remitida a especialista por presentar estado de ansiedad. En fecha 18 de julio de 2017 se le realiza RM de hombro derecho, detectando hallazgos que sugieren *"acromioplastia y tendinopatía del supraespinoso sin rotura con fijaciones en el troquíter"*. En fecha 6 de noviembre de 2011, la actora continuaba de baja. En fecha 23 de octubre de 2017 un servicio de Traumatología derivó a esta la paciente para valorar la intervención quirúrgica del hombro izquierdo porque constaba en RNM rotura parcial del supraespinoso, sin



que hubiera mejorado con tratamientos conservadores. En fecha 31 de octubre de 2017 a la actora se le realiza una resonancia ya que fue intervenida de " *reinserción del supraespinoso e infraespinoso en hombro derecho*". El despido se produjo el 21 de agosto de 2017.

NOVENO .- En este pleito, desde el 10 de junio de 2016 hasta la fecha del despido: el 21 de agosto de 2017, la actora ha estado de baja médica durante sucesivos procesos de incapacidad temporal de nueve meses y dieciséis días, diez días, seis días y más de tres meses (el cual continuó después del despido). Esta trabajadora, en un periodo total de un año y dos meses, solamente ha estado de alta médica durante unos breves periodos de unos pocos días entre baja y baja.

Cuando habían transcurrido tres meses desde el inicio del último proceso de incapacidad temporal, la demandante fue despedida por causas económicas que se han revelado inciertas porque la empresa no ha acreditado pérdidas económicas coetáneas al despido y ha contratado a varios trabajadores después de su despido.

Las dolencias de la demandante afectan a ambos hombros, con sendas tendinitis que han motivado una intervención quirúrgica del manguito rotador posterior supra e infraespinoso del hombro derecho, valorándose una intervención quirúrgica en el hombro izquierdo al constatarse una rotura parcial del supraespinoso, habiendo fracasado los tratamientos conservadores. La intervención quirúrgica del hombro derecho no resolvió sus dolencias, a pesar de que se ha realizado infiltración y fisioterapia.

El hombro es una articulación de una anatomía y biomecánica compleja, cuya sujeción depende de tejidos blandos como los ligamentos o tendones. La tendinitis de los hombros es una patología difícil, que frecuentemente se cronifica, como lo evidencia el gran número de sentencias dictadas en pleitos de incapacidad permanente en las que el cuadro secular del trabajador incluye tendinitis de uno o ambos hombros, descrita en dichas resoluciones judiciales como una dolencia definitiva que afecta a su aptitud laboral.

El TJUE, en la sentencia *Rodrigo* , explica que la situación de incapacidad temporal no excluye la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera" a efectos de la consideración de que el trabajador despedido esté discapacitado, tratándose de una valoración que debe realizarse mediante la técnica indiciaria: que en la fecha del despido la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

El Juzgado de lo Social, apreciando en su conjunto todos los elementos de prueba, llega a la razonada conclusión de que se trata de una limitación de la capacidad duradera sin que, a la vista de los citados extremos, este Tribunal pueda llegar a una conclusión contraria, debiendo considerar que la trabajadora presentaba unas dolencias en ambos hombros en el momento de su despido que en absoluto presentaban una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, pudiendo prolongarse significativamente antes del eventual restablecimiento de la actora, por lo que debemos concluir que la demandante se encontraba en una situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo. Debido a ello, su despido sin causa objetiva que lo justifique debe declararse discriminatorio, desestimando este motivo del recurso.

DÉCIMO .- En el último motivo del recurso, formulado con el mismo amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores , alegando, en esencia, que concurre una situación económica negativa de la empresa que justifica el despido objetivo de la actora.

En fecha 7 de agosto de 2017 la empresa presentó a la demandante un documento en el que constaba que la empleada solicitaba las vacaciones reglamentarias, a fin de que la trabajadora lo firmara, lo que no hizo. Y el 21 de agosto de 2017, estando la trabajadora en situación de incapacidad temporal, la empresa entregó a la trabajadora carta de despido objetivo por causas económicas fundadas en las pérdidas siguientes: 2014, 362.212,37 euros; 2015, 421.646,98 euros; y 2016, 408.556,57 euros.

Se ha probado que en el ejercicio de 2014 la empresa tuvo un resultado de cuenta de pérdidas y ganancias de -362.212,37 euros. En el ejercicio de 2015 el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias fue de -421.646,98 euros. Y en el ejercicio de 2016 el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias ascendió a -361.555,31 euros. Con posterioridad al despido de la actora, la empresa ha contratado a once trabajadores.

En la presente litis se desconoce la situación económica de la empresa en el año del despido de la trabajadora (fue despedida en agosto de 2017). Solo se acreditan las pérdidas de los años anteriores, siendo menores las de 2016 que las de 2015. Este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el despido objetivo no puede fundarse en situaciones económicas pasadas (sentencia de 23-3-2016, recurso 128/2016). Y con posterioridad al despido de la actora, el empleador ha contratado a once trabajadores.



Por consiguiente, no se ha probado la concurrencia de causas económicas reales que justifiquen el despido de esta trabajadora, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.c) en relación con el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, obliga a desestimar el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

UNDÉCIMO - El art. 233.1 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral se interpretó por el TS (por todos, autos del TS de 21-1-2000, recurso 2142/1997; 18-5-2007, recurso 3265/2004 y 2-7-2009, recurso 3395/2007) en el sentido de que no hay tasación de costas en los recursos extraordinarios laborales, sino determinación discrecional por la Sala de los honorarios cuando hubiera condena en costas. La citada doctrina es aplicable al art. 235.1 de la LRJS, lo que obliga a condenar en costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios del abogado o graduado social de la parte impugnante del recurso de suplicación, fijando su importe, atendiendo a las concretas circunstancias del presente litigio, en la cantidad de 600 euros.

Se condena a la parte recurrente a la pérdida del depósito (art. 204.4 de la LRJS) y de la consignación (art. 204.1 de la LRJS).

En atención a lo expuesto,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación núm. 211 de 2018, ya identificado antes y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas de su recurso, incluyendo los honorarios del abogado de la parte impugnante del recurso de suplicación, en la cantidad de 600 euros. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y de la consignación.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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