



Roj: STSJ PV 1567/2018 - ECLI:ES:TSJPV:2018:1567

Id Cendoj: 48020340012018100951

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Bilbao

Sección: 1

Fecha: 02/05/2018

Nº de Recurso: 731/2018

Nº de Resolución: 936/2018

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO DE SUPLICACION Nº : 731/2018

NIG PV 01.02.4-17/002174

NIG CGPJ 01059.34.4-2017/0002174

SENTENCIA Nº: 936/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a dos de mayo de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DOÑA ELENA LUMBRERAS LACARRA, 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 DOÑA Benita , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de *Vitoria-Gasteiz* , de fecha 22 de Enero de 2018 , dictada en proceso que versa sobre materia de **DESPIDO y CANTIDAD (DSP)** , y entablado por la - *ahora también recurrente* -, DOÑA Benita , frente a la - *Empresa* - "**TRADISA GREENPARC, S.L.**" y el **MINISTERIO FISCAL** , interviniendo como - **parte interesada en el procedimiento** - el - *Organismo* - **FONDO DE GARANTIA SALARIAL ("FOGASA")** , respectivamente, es Ponente la lltma. Sra. Magistrada **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR** , 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.-) "Dña. Benita ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa "TRADISA GREENPARC, S.L.", con una antigüedad desde el 07.10.2015, categoría profesional de agente de aparcamiento y percibiendo un salario bruto mensual con inclusión de la parte proporcional de pagas extras de 1.288,50 euros.

La actora no es representante de los trabajadores.

2º.-) La actora ha concatenado contratos de trabajo de forma continua y sin interrupción desde el 07.10.2015. Y celebrando los siguientes contratos:

- -Por producción del 07.10.2015 al 09.10.2015.

- -Interinidad del 19.10.2015 al 30.10.2015.



- Producción del 12.11.2016 al 18.11.2015
- Interinidad del 04.12.2015 al 04.12.2015.
- Interinidad del 07.12.2015 al 23.12.2015.
- Obra o servicio del 04.01.2016 al 04.07.2017.

Dichos contratos constan en autos en folios 105 a 118.

En todos esos contratos se le ha contratado como mozo de campa, si bien desde enero de 2017 ha realizado trabajos de administrativa. Y realizando en todo momento trabajos ordinarios y de necesidad permanente de la empresa.

3º.-) A la actora el 04 de julio del 2017 se le comunicó el cese con efectos de ese 04.07.2017. Y recibiendo como indemnización de fin de contrato la cantidad de 578,87 euros brutos.

Carta de cese de 04.07.2017 que consta en folio 97 de autos.

Y nóminas de julio del 2016 a julio del 2017 que consta en folios 98 a 104.

4º.-) La actora ha tenido contratos en la empresa desde el 05.09.2011 y siendo dada de baja el 19.12.2014 y no se volvió a ser contratada hasta el 07.10.2015.

De la baja del 19.12.2014 la actora instó acto de conciliación en reclamación de despido, pero desistiendo de ella posteriormente. Desestimiento que consta en folios 118 a 120.

Vida laboral de la actora que consta en folios 121.

Contratos laborales anteriores al 07.10.2015 que constan en folios 135 a 150.

5º.-) La actora durante su último contrato de trabajo recibió la baja el 07.04.2017 por síndrome ansioso depresivo secundario a motivos laborales.

Partes de baja y confirmación de IT que inicialmente se suscribieron de una duración los dos primeros de 18 días, el siguiente de 30 días, el siguiente de 45 días y el de 19 de mayo de 2017 de 60 días. Partes que constan en folios 124 a 128.

6º.-) Sobre la baja de IT la parte actora aporta:

- Informe de urgencias por crisis de ansiedad del 07.04.2017. Folio 164.
- Certificado del médico de Osakidetza de 12 de enero del 2018 en que acredita que la actora esta en situación de IT desde el 07.04.2017. Folio 165.
- Informes médicos sobre las dolencias de la actora por acoso laboral. Folios 166 a 170.
- Test psicológico de la actora de mayo de 2017. Folio 171.
- Documento remitido por la empresa a los empleados sobre acoso laboral. Folios 172 a 192.

La actora además aporta:

- Informe del grave accidente sufrido por la actora el 23.07.2014. Folio 155.
- Informe traumatología de 15.05.2015. Folio 156.
- Informe de continuidad del médico forense de 16 de febrero y 16 de abril del 2015. Folios 157 a 160.
- Informe de alta de 19.06.2015. Folios 161 a 163.

7º.-) Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Álava del Gobierno Vasco el 03.08.2017, terminando el acto sin efecto".

SEGUNDO .- La *Parte Dispositiva* de la Sentencia de Instancia, *dice* :

"Que ESTIMO la demanda formulada por Dña. Benita contra "TRADISA GREENPARC, S.L.", y en consecuencia declaro IMPROCEDENTE el despido de que fue objeto la actora con fecha de efectos 04.07.2017, debiendo las partes pasar por esta declaración y en consecuencia condeno a la demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia opte entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 04.07.2017 o a abonar a la actora una indemnización de DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (2.446,29 €), y sin abono de los salarios de tramitación, salvo que la empresa opte por la readmisión, en cuyo caso, se abonarán desde la fecha



del despido y hasta la notificación de esta sentencia, a razón de CUARENTA Y DOS EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (42,36 euros/día) diarios.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) en aplicación de lo establecido en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores ".

TERCERO .- Frente a dicha *Resolución* se interpuso el *Recurso de Suplicación* por la - *parte demandante* -, DOÑA Benita , que fue impugnado por la - *Mercantil demandada* -, "TRADISA GREENPARC, S.L."

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de *Recurso de Suplicación* , los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 9 de Abril, fecha en la que se emitió *Diligencia de Ordenación* , acordando la formación del *Rollo* correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

QUINTO.- Mediante *Providencia* que data del 13 de Abril, se acordó, - *entre otros extremos* - que la *Votación y Fallo* del *Recurso* se deliberara el siguiente 2 de Mayo; lo que se ha llevado a cabo, dictándose Sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado en parte la demanda formulada por Dña. Benita contra la empresa "TRADISA GREENPARC, S.L.", y ha declarado improcedente el despido de que fue objeto la actora con efectos del 4 de julio de 2017, condenando a la demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia opte entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 4 de julio de 2017 o a abonar a la actora una indemnización de 2.446,29 euros, sin abono de los salarios de tramitación, salvo que la empresa opte por la readmisión, en cuyo caso, se abonarán desde la fecha del despido y hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 42,36 euros/día.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación Dña. Benita , que pretende, en esencia, la declaración de nulidad del despido y una indemnización adicional por daño moral por vulneración del derecho fundamental del artículo 14 CE de 25.001,00 euros y que se declare que la antigüedad a tener en cuenta es la de 12 de septiembre de 2012 y, subsidiariamente, la de 20 de octubre de 2014.

El recurso se sustente, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ¿ en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a .-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b .-) Que el error sea evidente;

c .-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d .-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e .-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún



elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

Lo dicho hasta ahora ha sido explicitado por constante doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en un buen número de sentencias, de entre las que cabe citar las de 18 de febrero de 2014 ¿ Rec. 108/2013 -, 14 mayo de 2013 ¿Rec. 285/2011 -, y 17 de enero de 2011 - Rec. 75/2010 -.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige ¿como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "*concluyente poder de convicción*" o "*decisivo valor probatorio*" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los siguientes extremos:

a) la modificación del hecho probado segundo para añadir al mismo la relación de los períodos de alta en la empresa demandada anteriores al 7 de octubre de 2015, desde el 11 de septiembre de 2012. Pretensión que descansa en los documentos que invoca ¿ vida laboral obrante a los folios 153 y 154, contratos de trabajo a los folios 105 a 118 y otros contratos a los folios 131 a 151 -. Pretensión que se estima, dado que obran tales documentos con tal contenido y que la cuestión puede tener relevancia desde el punto de vista de la argumentación jurídica que después se contiene en el recurso acerca de la unidad del vínculo.

b) la adición de un nuevo hecho probado entre los ordinales segundo y tercero, relativo al accidente de trabajo que sufrió el 23 de julio de 2014, para el que se propone la siguiente redacción:

"NUEVO. El día 23 de julio de 2014 la actora sufrió un grave accidente de trabajo que dio lugar al Juicio de Faltas nº 509/2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria y que provocó una situación de Incapacidad Temporal precisando durante meses tratamiento médico.

En dicho procedimiento el Médico Forense emitió partes de continuidad los días 16 de febrero y 16 de abril de 2015, emitiendo el parte de alta forense el 19 de junio de 2015".

Pretensión que se estima, si bien han de añadirse asimismo los detalles fácticos que invoca la empresa en su escrito de impugnación del recurso, a saber: que el 29 de enero de 2015 recibió el alta médica definitiva, alta impugnada por la demandante, dictándose Sentencia el día 14 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Vitoria-Gasteiz que desestimó dicha impugnación.

c) la modificación del hecho probado primero para fijar la antigüedad en el 12 de septiembre de 2012 y, subsidiariamente, el 20 de octubre de 2014. Pretensión que se rechaza, de plano, por constituir cuestión jurídica, desbordando ampliamente la cuestión meramente fáctica y que, por ello, se abordará más adelante.

d) la revisión del hecho probado quinto para darle la siguiente redacción alternativa:

"QUINTO.- La actora durante su último contrato de trabajo recibió la baja el 7 de abril de 2017 por síndrome ansioso depresivo secundario a motivos laborales.

Siendo el parte de baja y los cuatro primeros partes de confirmación de IT los siguientes:

- Parte de baja de 7 de abril en el que se estima una duración de 18 días, citando para la siguiente revisión el 14 de abril de 2017.

- Parte de confirmación de 14 de abril en el que se sigue estimando una duración de 18 días, citando para la siguiente revisión el 24 de abril de 2017.

- Parte de confirmación de 24 de abril en el que estima una duración de 30 días, citando para la siguiente revisión el 5 de mayo de 2017.

- Parte de confirmación de 5 de mayo en el que estima una duración de 45 días, citando para la siguiente revisión el 19 de mayo de 2017.

- Parte de confirmación de 19 de mayo en el que estima una duración de 60 días, citando para la siguiente revisión el 5 de junio de 2017.

Dicha situación de IT siguió confirmándose, siendo despedida la demandante el 4 de julio de 2017, tres meses después de iniciada la situación y sin visos de que finalizase.



La demandante en fecha 12 de enero de 2018 aún permanecía de alta, celebrándose la vista oral el 6 de enero de 2018.

Los servicios médicos de la Mutua de accidentes de trabajo de la empresa, FREMAP, tenían conocimiento de que el 1 de agosto tenía la demandante la siguiente cita con el médico psiquiatra que la atendía.

La actuación de la empresa al despedir a la demandante ha agravado su situación de estrés".

Pretensión que se estima, dado que obran los documentos invocados ¿ parte de baja médica y partes de confirmación, así como los informes reseñados, todo ello a los folios 124, 125 a 128, 165, 168 a 169 y 166 ¿ y que tiene relevancia en orden a la argumentación jurídica que despliega más adelante la parte demandante.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, " examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia ", debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas" , en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS , lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- SOBRE LA ANTIGÜEDAD PRETENDIDA.

La demandante pretende una antigüedad anterior a la fijada por la instancia: concretamente, con carácter principal, la de 11 de septiembre de 2012 y, con carácter subsidiario, la de 20 de octubre de 2014. Argumenta a tal fin, aunque lo hace en el apartado de revisión fáctica, que hay unidad de vínculo, pues desde el 11 de septiembre de 2012 solo ha habido cuatro períodos de interrupción entre contratos de duración superior a un mes, invocando a tal efecto las SSTs de 7 de junio de 2017 ¿ Rcd. 1400/16 -, de 21 de septiembre de 2017 ¿ Rcd. 2764/15 ¿ y las en ella citadas.

La Sentencia recurrida ha entendido que la antigüedad a tener en cuenta es la de 7 de octubre de 2015, porque había habido una serie anterior de contratos que finalizó el día 19 de diciembre de 2014, habiendo impugnado la demandante este cese y habiendo desistido de su demanda. Entiende, en consecuencia, que esta interrupción, de más de nueve meses, impide considerar una antigüedad anterior.

La dificultad de determinar la antigüedad en los casos de sucesión de contratos temporales viene dada por la necesidad de averiguar si existe o no unidad esencial del vínculo laboral, de modo que si así se entendiera, se habría de computar el tiempo íntegro de la contratación.

En tal sentido, hemos de estar a la jurisprudencia del TS que ha ido analizando bien distintos supuestos. Así, podemos invocar las siguientes resoluciones del alto Tribunal:

- STS de 8 de marzo de 2007 ¿ Rcd. 175/04 -, todo el tiempo de servicio siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma;

- STS de 15 de mayo de 2015 - Rcd. 878/2014 - según la cual existe unidad del vínculo, pese a concurrir una interrupción de 45 días, interrupción durante la que, además, el trabajador había percibido prestaciones de desempleo, teniendo el TS en cuenta el tiempo de prestación de servicios anterior y posterior;

- STS de 23 de febrero de 2016 ¿ Rcd. 1423/2014 ¿ en la que se analiza un supuesto con una interrupción de 69 días, en un caso de reiterada contratación fraudulenta;

- STS de 7 de junio de 2017 ¿ Rcd. 1400/2016 -, en la que se analizó un sucesión de contratos de 14 años, en la que medió una interrupción de 3 meses y 19 días, concluyéndose que la concurrencia de fraude permite mayor amplitud temporal en la valoración del plazo que deba entenderse significativo como ruptura de la unidad contractual, dado que, de otro modo, se estaría facilitando precisamente el éxito de la conducta defraudadora;



- STS de 7 junio de 2017 - Rcu. 113/2015 -, que se razona también que, si bien la aplicación de la doctrina esencial del vínculo exige que no haya existido una interrupción significativa entre contratos, interrupción que suele establecerse en el plazo de caducidad de la acción de despido de 20 días, pueden existir interrupciones por periodos superiores en atención a las circunstancias del caso; en el caso, la relación se mantuvo durante 14 años, la interrupción entre 2 contratos de 4 meses no supone ruptura de la doctrina esencial del vínculo;

- STS de 21 de septiembre de 2017 - Rcu. 2764/2015 -, en la que se razona que la unidad del vínculo no está ligada a la existencia de fraude de ley, pudiendo y debiendo apreciarse en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho; se concluye en esta Sentencia que un paréntesis de tres meses y medio no rompe necesariamente la unidad esencial del vínculo y que si se ha trabajado el 97% del tiempo transcurrido durante doce años, existe cesión ilegal, varios contratos temporales, continuidad de funciones y un solo paréntesis inferior a cuatro meses, la unidad del vínculo se mantiene y el cómputo de la antigüedad se retrotrae al momento inicial del trabajo; en esta Sentencia se recuerdan anteriores SSTs de 8 de noviembre de 2016 y Rcu. 310/2015 -, de 7 de junio de 2017 - Rcu. 113/2015 y 1400/2016 -, que admiten interrupción superior a 3 meses, argumentándose que no se ha de estar con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos y que no existe un tope exacto, debiendo tenerse en cuenta diferentes factores, como el tiempo total de duración de toda la relación laboral, el volumen de actividad desarrollado, el número y duración de los cortes, la identidad de la actividad productiva, la existencia de anomalías contractuales, el tenor del convenio colectivo y, en general, cualquier otro que se considere relevante a estos efectos.

- STS de 16 de octubre de 2017 y Rcu. 1203/2016 -, en la que se razona que ha de tenerse en cuenta todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma;

- STS de 16 de enero de 2018 y Rcu. 2886/2015 -, según la cual la ruptura y reanudación de los sucesivos contratos de trabajo no impiden el cómputo de todo el tiempo de servicios para el cálculo del complemento de antigüedad de los trabajadores temporales;

Finalmente, procede también traer a colación la STJUE de 4 de julio de 2006 - Asunto «Adeneler» - que interpretó el Anexo a la Directiva 99/70/CE y en la lucha contra la precariedad en el empleo, argumentando que " *debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales* ".

Pues bien, llevada toda esta doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, hemos de rechazar la pretensión de la demandante de ver reconocida una antigüedad superior a la de 7 de octubre de 2015, toda vez que ha mediado una interrupción de nada menos que casi diez meses y que la demandante, que incluso había impugnado el cese operado en diciembre de 2014, desistió de su acción. Se trata de una muy larga interrupción, que no se aprecia obedezca a una causa concreta, ni siquiera a la situación de IT en la que por accidente de trabajo se hallaba la demandante en aquel momento, puesto que fue dada de alta médica en enero de 2015, alta confirmada en Sentencia del mes de mayo de dicho año, y que la demandante no ha vuelto a ser contratada hasta el dicho 7 de octubre de dicho año.

CUARTO.- SOBRE LA PRETENDIDA NULIDAD DEL DESPIDO.

Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 55 ET y 14 CE, en relación con el Tratado Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Directiva 200/18 del Consejo de Europa, los artículos 1.a), 3.c) 7, 66 y concordantes del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y Sentencias del TJUE sobre la materia, solicitando en este motivo la declaración de nulidad del despido, por entenderse que el cese decidido por la empresa es discriminatorio por situación de enfermedad equiparable a discapacidad.

Recordemos en primer lugar los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, con las modificaciones que, a petición de la trabajadora recurrente, hemos estimado. Son los siguientes: la demandante ha prestado servicios para la demandada como agente de aparcamiento, siempre en puesto de mozo de campa, con contratos temporales desde el 11 de septiembre de 2012, mediando interrupciones de diversa entidad, de hasta un máximo de 77 días y siendo cesada el 19 de diciembre de 2014, cese que la demandante impugnó, si bien desistió de su reclamación y volviendo a ser contratada el 7 de octubre de 2015, tras lo que se han realizado varios contratos igualmente temporales de diversa clase, hasta el cese impugnado del 4 de julio de 2017; el 23 de julio de 2014 la demandante sufrió accidente de trabajo, pasando a IT hasta el 29 de enero de 2015, en que recibió el alta médica definitiva, alta impugnada por la demandante, dictándose Sentencia el día 14 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Vitoria- Gasteiz que desestimó dicha impugnación, si bien el Forense emitió parte de alta el 19 de junio de 2015; el 7 de abril de 2017 la



demandante pasó a IT por trastorno ansioso depresivo secundario a motivos laborales, previendo los partes de baja y confirmación de IT una duración los dos primeros de 18 días, el siguiente de 30 días, el siguiente de 45 días y el de 19 de mayo de 2017 de 60 días y continuando de baja en la fecha del juicio oral, estando acreditado que su despido el 4 de julio de 2017 ha agravado su situación de estrés.

La cuestión que se plantea en este motivo del recurso es la de la calificación del despido, argumentando la trabajadora recurrente, como se ha dicho ya, que su situación de IT ha sido la que ha motivado el despido, en tanto que la instancia ha calificado el mismo de improcedente, por no apreciar que el mismo haya sido causado por represalia o como consecuencia de la situación de IT en que se hallaba la demandante, al no apreciar que tal situación fuera de previsión larga.

En el caso, partimos, necesariamente, de la declaración de improcedencia hecha por el Juzgado por así haberlo reconocido la empresa, en un supuesto de cese de contrato pretendidamente temporal, que la instancia ha declarado fraudulento y, por ello, indefinido.

La cuestión de la calificación del despido en situación de IT ha sido muy abordado por la doctrina judicial, que lo ha venido calificando de improcedente y no nulo, por entender que no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que recoge el artículo 14 CE, aunque puede haber casos particulares en que la conclusión sea distinta. Con carácter general, puede afirmarse que la doctrina jurisprudencial ha señalado que, incluso aunque la causa simulada ocultara la verdadera causa subyacente de la existencia de la enfermedad y la situación de incapacidad temporal, el despido sería improcedente ¿ por todas, las SSTs de 22 de noviembre de 2007, Rcu. 3907/06, de 11 de diciembre de 2007, Rcu. 4355/06, de 18 de diciembre de 2007, Rcu. 4194/06, así como la consideración de no ser discriminatorio en sí mismo - STC 62/2008, de 26 de mayo -. Y ello, a diferencia del supuesto en que el despido se produce como reacción a una amenaza para obligar a la persona trabajadora a reincorporarse al trabajo, abandonando el tratamiento médico prescrito, pues ello supone un riesgo para la salud y, por ello, una conducta directamente lesiva del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE ¿ STS de 31 de enero de 2011 -.

Ahora bien, hemos también de traer a colación la STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, Caso **Daoudi**, en la que el Tribunal respondía a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona. Cuestión que consistía en cuestionar si entraría en el concepto de "discriminación directa por discapacidad", como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta entonces bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal de duración incierta por causa de un accidente. Resumidamente expresado, el TJUE responde con base en el concepto de "discapacidad" de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1 .

Pues bien, con base en toda esa doctrina, el recurso va a ser estimado.

En primer lugar, hemos de recordar que nos hallamos ante una cuestión que requiere un análisis individualizado de las circunstancias en que se produce la IT. En efecto, ha de hacerse una valoración no solo objetiva o cuantitativa de su duración o previsión de duración, sino asimismo, de otras circunstancias concurrentes que puedan tener incidencia en la determinación del carácter de "duradera" de la situación de IT.

En el caso, la correcta calificación del despido en el presente caso es la de la nulidad, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter "duradero" de la limitación de la capacidad de la demandante, ya que ha padecido una enfermedad consistente en un síndrome ansioso depresivo, además secundario a motivos laborales, esto es, una dolencia en relación directa de causa-efecto con su trabajo, enfermedad que se ha prolongado desde el día 7 de abril de 2017, habiendo transcurrido tres meses desde su comienzo hasta el despido, sin que a esta última fecha hubiera previsión de finalización y habiéndose ido prolongando las diversas previsiones desde los iniciales 18 días hasta la última ¿ antes del despido ¿ de 60 días, hecha el 19 de mayo en el parte de confirmación correspondiente. Y debiendo añadirse que, según se refiere, la demandante continuaba en situación de IT a la fecha del juicio oral, aunque, obviamente, la empresa no pudiera conocer esto a la fecha del despido.

Por otra parte, aunque la empresa extinguió el contrato el día 4 de julio de 2017, en la fecha prevista en el mismo, lo cierto es que, desde el 7 de octubre de 2015, se han celebrado entre las partes 6 contratos de trabajo temporales y, a la finalización de cada uno de ellos, la empresa ha vuelto a contratar a la demandante, salvo



en esta última ocasión, lo que revela una voluntad clara de no mantener relación laboral con ella. Algo que sin dificultad podemos vincular a la antedicha situación de incapacidad temporal.

Ello permite considerar, en el concreto caso que nos ocupa, una situación de "discapacidad", en el sentido antedicho, que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no existir causa alguna acreditada para el cese de la demandante.

De ahí que el despido haya sido incorrectamente calificado como improcedente y deba calificarse de nulo, con las consecuencias legalmente previstas para tal calificación.

QUINTO.- SOBRE LA PRETENDIDA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

Como se ha reseñado más arriba, la demandante pretende una indemnización adicional por daño moral por vulneración del derecho fundamental del artículo 14 CE de 25.001,00 euros.

Hemos despejado ya la cuestión referida a la calificación del despido que, como se ha dicho, es la de nulidad, lo que nos lleva a analizar si concurre o no derecho a tal indemnización y su cuantía.

Seguimos para resolver esta cuestión la Sentencia de 23 de enero de 2018, invocada por la propia recurrente ¿ si bien no se trata del Recurso 170/18 , como por error indica, sino del Recurso 2/18 - , en la que, al respecto, se razonó como sigue: "(¿) Cita la parte recurrente una sentencia de este Tribunal y Sala, la de fecha 25 de abril de 2017 (recurso 798/2017) que ciertamente sintetiza los criterios en la exégesis de aquella preceptiva que se afirma infringida.

En aquella ocasión citamos sentencias distintas que las que cita la recurrente (las de 13 de julio y 5 de febrero de 2015 , recursos 221/2014 y 77/2014) pero que fijan similares criterios a las que cita la recurrente.

En la sentencia del año pasado que dictamos, sobre el particular, dijimos: " la actual posición de la jurisprudencia en esta materia pasa por considerar que existen daños morales que van directamente unidos a la vulneración del derecho fundamental, pues es claramente apreciable el sufrimiento que generan estas vulneraciones, que su indemnización se ha de tratar se tratar con un criterio aperturista y no restrictivo en orden a ponderar la existencia del daño moral, cuya cuantificación es de muy difícil determinación, debiendo considerarse que la indemnización de mérito no tiene una finalidad exclusivamente resarcitoria ¿la antigua reparación vía de la "restitutio in integrum"- sino que también cumple una función de prevención general, para evitar futuras iteraciones en similar conducta.

Tal posición también asume claramente la aplicabilidad de las cuantías previstas en la LISOS para la sanción administrativa por la conducta conculcadora de derecho fundamental o libertad pública como criterio de ponderación razonable para fijar la indemnización por tal vulneración, considerando esa doble finalidad. "

Y partiendo de lo entonces sintetizado, abordando el caso concreto, hemos de

decir:

(...)

Ello, unido al hecho de que se haya de presumir el daño moral cuando se produce toda vulneración de derecho fundamental y libertad pública, aún cuando se ha de resaltar que no consta daño distinto del de tal condición - daño moral- entendemos que si que procede tal indemnización, puesto que, además, hemos de recordar que la finalidad de la misma no es sólo la puramente resarcitoria, sino también una función preventiva general, razón que es otro argumento en favor de fijar la misma. (...)"

En este sentido, asumimos el derecho de la demandante a obtener una indemnización por daño moral, por la vulneración de su derecho fundamental a no ser discriminada, por razón de discapacidad, en el caso, en los términos más arriba expresados.

Ahora bien, resta por determinar el monto de la indemnización que procede, cuestión ardua y no fácilmente determinable.

Ya hemos dicho que la recurrente pretende la suma de 25.001,0 euros, que es la prevista como sanción por falta muy grave en el artículo 40.1.c) LISOS , como mínima para el grado medio.

Cuantía que no vamos a estimar, por las siguientes razones:

.- de un lado, porque, por más que la conducta de la empresa ha sido grave, al extinguir el contrato de trabajo de la demandante en las circunstancias antedichas, lo cierto es que ello ha de ser atemperado por el hecho de no conocer exactamente la empresa el tiempo de duración de la IT;

.- de otro lado, corresponde fijar una indemnización porque, en todo caso, se ha acreditado, como se ha señalado más arriba, al estimar la pretensión de revisión fáctica de la demandante, que ésta ha sufrido una



agravación de sus dolencias psíquicas como consecuencia del despido, lo que, por otra parte, es entendible, dado que, además, tales dolencias eran debidas a motivos laborales, si bien es cierto que no consta en modo alguno el alcance de tal agravación ni sus consecuencias directas en la salud de la demandante

En consecuencia, como se razonó también en la Sentencia referida, aunque las circunstancias sean bien distintas, lo cierto es que vamos a partir de la calificación del artículo 8, punto 12 de la LISOS, pues consideramos más adecuado fijar la indemnización en el importe mínimo del grado mínimo previsto para tal falta (artículo 40, punto 1, letra c de tal Ley) considerando lo dicho y lo previsto en su artículo 39. Por tanto, fijamos la indemnización en 6.251 euros.

SEXTO.- No procede hacer declaración sobre costas, por haber vencido la parte recurrente (artículo 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social).

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Benita, frente a la Sentencia de 22 de Enero de 2018, del Juzgado de lo Social n.º 2 de Vitoria-Gasteiz, en autos n.º 523/17, revocando la misma, estimando la demanda iniciadora de estas actuaciones dirigida por la trabajadora demandante, declarando la nulidad del despido operado el día 4 de julio de 2017, condenando a la demandada a su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde aquella fecha hasta su efectiva readmisión, a razón de 42,36 euros/día, salvo error de cálculo, con exoneración de los períodos coincidentes con situación de I.T., así como al abono de una indemnización de 6.251 euros.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes 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 juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Il.ª Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

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 4699-0000-66-0731-18.

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- 0000-66-0731-18.

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