



Roj: **STSJ ICAN 819/2018 - ECLI:ES:Tsjican:2018:819**

Id Cendoj: **38038340012018100446**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **02/05/2018**

Nº de Recurso: **1029/2017**

Nº de Resolución: **459/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARMEN MARIA RODRIGUEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0001029/2017

NIG: 3803844420170003266

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000459/2018

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000456/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: HOTEL JARDIN TROPICAL S.L.; Abogado: PAULA LUENGO REYES

Recurrido: Mauricio ; Abogado: CARLOS BERASTEGUI AFONSO

Recurrido: FOGASA

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

En Santa Cruz de Tenerife, a 2 de mayo de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA, D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO y D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001029/2017, interpuesto por D./Dña. HOTEL JARDIN TROPICAL S.L., frente a Sentencia 000295/2017 del Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº



0000456/2017-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Mauricio , en reclamación de Despido siendo demandado/a D./Dña. HOTEL JARDIN TROPICAL S.L., FOGASA y MINISTERIO FISCAL y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 21/7/2017 , por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- D. Mauricio , mayor de edad, con DNI NUM000 inició su relación laboral con HOTEL JARDIN TROPICAL S.L. el 29 de diciembre de 2015, con la categoría profesional de camarero, a jornada completa y percibiendo un salario bruto mensual prorrateado de 2498,91 euros. (documentos 1 y 2 de la parte actora)

SEGUNDO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior a su despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. (hecho no controvertido)

TERCERO.- El 4 de mayo de 2017, el actor inició una situación de IT por contingencias profesionales, con diagnóstico: "trastorno de músculo, ligamento y fascia", causando alta médica el 8 de mayo de 2017. (documento 3 de la parte actora)

CUARTO.- En fecha 9 de mayo de 2017 el actor inició una nueva situación de incapacidad temporal, por contingencias comunes, con diagnóstico: "hernia inguinal sin mención de obstrucción o gangrena", causando alta médica en fecha 11 de julio de 2017. (documentos 4 y 5 de la parte actora)

QUINTO.- El 9 de mayo de 2017, la empresa demandada notifica al actor carta de despido disciplinario, con efectos desde esa misma fecha, basada en una disminución voluntaria y continuada en su rendimiento de trabajo, que tipifica como falta muy grave del artículo 40.7 del ALEH. La citada comunicación fue notificada al actor mediante burofax con fecha y hora de admisión de 9 de mayo de 2017 a las 16:51 horas (documentos 1 y 2 de la parte actora y 4.1 de la parte demandada)

SEXTO.- El actor tenía una operación quirúrgica programada para el día 31 de mayo de 2017 consistente en una hernioplastia con malla. (documento 6 de la parte actora)

SÉPTIMO.- Consta en autos un documento manuscrito y firmado por Dña. Ana ,vigilante de seguridad del Hotel demandado en el que se indica lo siguiente: "(...) declaro que en el día de Mayo de 2017 le hago netrega a las 12:20 del mediodía de un sobre con documentos recibidos por el turno de relevo a la señora Begoña , responsable del departamento de RRHH (..)". (documento 7.2 de la parte demandada)

OCTAVO.- En el mes de abril, el actor mantuvo una conversación con Dña. Begoña solicitándole vacaciones dado que tenía una operación programada. (declaración testifical de Dña. Begoña , responsable de recursos humanos de la empresa demandada)

NOVENO.- El día 9 de mayo de 2017, Dña. Clara , Presidenta del Comité de empresa, se encontró con el actor en la puerta del despacho de Dña. Begoña , Responsable de recursos Humanos. El actor llevaba unos papeles en la mano, cuyo contenido no alcanzó a verlo Dña. Clara . (declaración testifical de Dña. Clara)

DÉCIMO.- El actor presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC en fecha 25 de mayo de 2017, celebrándose el acto, con resultado sin avenencia, en fecha 5 de julio de 2017.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por don Mauricio frente a HOTEL JARDIN TROPICAL S.L. y, en consecuencia, declaro la nulidad del despido llevado a cabo por la empresa demandada el 9 de mayo de 2017, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión del actor y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, a razón de un salario diario de 82,15 euros.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en los términos establecidos legalmente de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. HOTEL JARDIN TROPICAL S.L., y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 26/4/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La parte demandada, HOTEL JARDÍN TROPICAL, S.L., articula el recurso por dos motivos:

a) revisión fáctica al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para la adición de un nuevo hecho probado décimo.

b) revisión jurídica a la amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los artículos 5.55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 122 LRJS y la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona en relación con el concepto de discriminación directa por discapacidad de los artículos 1, 2, y 3 de la Directiva 2000/78; y todo ello en relación la sentencia dictada el pasado día 12 de junio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; y además de todo ello, por infracción de los artículos 10.2, 14, y 15 de la Constitución Española; Art. 4.2.d, 14, 17.1, 20, 53.4 y 5, 52, 53, 55.3 y 6 y 56.1.b) y 2 del ET; de los artículos 2.1, 3.1 y c) y 5 de la Directiva 2000/78 del Consejo de 27/11/2000; de los artículos 41 5 y 6.1 del Convenio 108 de la OIT; del artículo 181 de la LRJS; del artículo 13 del Tratado Constitutivo de la CE, del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; así como de la directiva que refiere.

La actora no impugnó el recurso de contrario.

SEGUNDO.- Revisión fáctica.- Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Como con reiteración viene señalando esta Sala, los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren los siguientes requisitos:

- A) De carácter sustantivo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 10 de mayo, 16 de diciembre de 1993, o 10 de marzo de 1994). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverbados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

- B) De carácter formal:

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).



4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

Pretende el recurrente añadir un hecho probado décimo: " D. Mauricio tenía prevista alta médica tras hernioplastia inguinal el día 19 de julio de 2017".

Basa tal revisión en el folio 65 de autos. Efectivamente en el folio 65 consta un informe de Hospiten Sur, del Dr. Claudio de fecha 29 de junio de 2017, que hace constar la cita para el día 10 de julio para revisión y alta. Sin embargo, tal documento y su contenido resultan irrelevantes para la modificación del fallo. El documento es de fecha muy posterior al despido y lo que se trata de analizar si la motivación de la empresa fue únicamente la incapacidad temporal incierta, en cuanto a su duración. Ese documento no puede aclarar nada al respecto, por ser de fecha posterior al despido.

TERCERO.- Revisión jurídica.- infracción de los artículos 5.55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 122 LRJS y la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona en relación con el concepto de discriminación directa por discapacidad de los artículos 1 , 2 , y 3 de la Directiva 2000/78 ; y todo ello en relación la sentencia dictada el pasado día 12 de junio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; y además de todo ello, por infracción de los artículos 10.2 , 14 , y 15 de la Constitución Española ; Art. 4.2.d , 14 , 17.1 , 20 , 53.4 y 5 , 52 , 53 , 55.3 y 6 y 56.1.b) y 2 del ET ; de los artículos 2.1 , 3.1 y c) y 5 de la Directiva 200/78 del Consejo de 27/11/2000 ; de los artículos 41 5 y 6.1 del Convenio 108 de la OIT ; del artículo 181 de la LRJS ; del artículo 13 del Tratado Constitutivo de la CE , del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; así como de la directiva que refiere.

Después de esta amplia enumeración de preceptos, mantiene la empresa que en ningún caso el despido de la actora viene motivado por su situación de discapacidad en los términos de la Directiva Comunitaria ni de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por ende, el despido no es nulo sino improcedente.

De los inalterados hechos probados resulta únicamente acreditado que la actora mantiene en el mes de abril una conversación con la responsable de recurso humanos y le solicita vacaciones para una operación que tenía programada. Inicia una período de incapacidad temporal en fecha 4 de mayo de 2017 por trastorno de músculo, ligamento y fascia, con alta el 8 de mayo de 2017. En fecha 9 de mayo de 2017 inicia un período de It por contingencias comunes por hernia inguinal sin mención de obstrucción o gangrena, con alta el 11 de julio de 2017. El mismo 9 de mayo de 2017 la actora entrega el parte de baja a la responsable de recursos humanos en horas de mañana y ese mismo día se remite burofax a las 16.51 horas a la actora comunicándole su despido por disminución voluntaria y continuada en su rendimiento de trabajo.

La juez de instancia señala con lógica y coherencia, que en el momento que se emite la carta de despido la empresa conocía la situación de IT de la trabajadora, por cuanto la testigo manifestó que en horas de mañana (fundamento de derecho cuarto, segundo párrafo), la actora se encontró con la presidenta del comité y llevaba un parte de baja, encontrándose en la puerta de la responsable de recursos humanos de la empresa.

Así las cosas, a la actora se la despide después que entrega su parte de baja el día 9 de mayo de 2017, sin que la causa de despido conste acreditada.

El 1 de diciembre de 2015 entro en vigor la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. El artículo 3 refiere:

Cuando el facultativo del servicio público de salud o de la mutua considere que se trata de un proceso de duración estimada corta, media o larga, consignará en el parte de baja la fecha de la siguiente revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá en más de siete días naturales a la fecha de la baja médica, tratándose de procesos de duración estimada corta o media, o de catorce días naturales tratándose de procesos de duración estimada larga.

En la fecha de la primera revisión médica se extenderá el parte de alta o, en caso de que proceda mantener la baja, el primer parte de confirmación, de acuerdo con lo indicado en el artículo siguiente.



En el anexo I de esa Orden se recoge el modelo de parte a entregar a la empresa en el que se tiene que consignar el tipo de proceso si es muy corto, corto, medio o largo, la duración estimada en días y la fecha de la siguiente revisión médica.

Así en el caso del proceso de la actora la empresa tenía que conocer el día 9 de mayo de 2017 que tipo de proceso se trataba.

CUARTO.- Ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la estimada causa de nulidad de despido por discapacidad del trabajador. Así en la sentencia de 19 de mayo de 2017, recurso 1071/2016 se refiere: La condición personal de discapacidad es causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que dio nueva redacción al artículo 4.2.c), párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores (Los trabajadores ... en la relación de trabajo ... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate). Y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), considera que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

VIGESIMOPRIMERO.- Pero como señala la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, recurso 3348/2014, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables, porque "la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado (.). La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada".

VIGESIMOSEGUNDO.- En este mismo sentido, la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), considera que la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de los conceptos de enfermedad y discapacidad, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que "la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período", por lo que "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"; que "ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad" y que "no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva", que son discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual.

VIGESIMOTERCERO.- Ello no obstante, la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de abril de 2013, C-335/11 y 337/11, considera que el concepto de "discapacidad" a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que 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. Es decir, que una enfermedad de larga duración que provoque limitaciones con incidencia en el ámbito profesional puede ser calificada de discapacidad.

En fecha 1 de diciembre de 2016 se dicta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en relación con el concepto de discriminación indirecta por discapacidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78 y sobre esta sentencia y la evolución en esta materia ya tuvo ocasión de pronunciarse el TS en su sentencia de 15 de marzo de 2018, recurso 2766/2016 y refiere: Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que sucesivas resoluciones del TJUE pudieran tener en litigios sometidos a nuestra consideración pudiendo citar las recaídas el 30 de mayo de 2016 (Rcud. 3348/2014), 21 de septiembre de 2017 (Rcud. 782/2016). Las citadas resoluciones se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de junio de 2006 en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013- asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016, asunto **Daouidi**- C 345/15). Con posterioridad el TSJUE ha incidido nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero- C 270/16, que reitera el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.

En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C- 13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C- 335/11 y C- 337/11 (Ring) así como en el C- 395/15 (asunto **Daouidi**): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional la Directiva 200/78 de 27-11 cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

"(art. 1); "se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo" (art. 2); "Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos.... (art.3)"

En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:

".- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:

«1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva.»



En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 200/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que «el concepto de « discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: «41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de « discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de « discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).»

Al historial del análisis de la Directiva 200/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15), (**Daouidi**) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 200/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias."

Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de " discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador" sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora.

Como bien indica la sentencia de instancia, el punto clave es determinar si la limitación del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, es o no de larga duración y debe analizarse respecto del estado de incapacidad del actor en la fecha en que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio, esto es, el despido.



La empresa a 9 de mayo de 2017 conocía, pues así se lo había manifestado la actora, que iba a ser operada, y que la operación no era de gravedad, pues la actora le había manifestado su voluntad de coger las vacaciones para la operación, en consecuencia, con un duración estimada para la actora de un mes, que es el tiempo de vacaciones. No puede, en consecuencia, considerarse de larga duración la IT que inicia la actora el 9 de mayo de 2017, cuando la empresa lo que conocía es que la actora quería hacer uso de sus vacaciones a fin de ser intervenida.

No se recoge en los hechos probados el contenido del parte de baja de la actora, en cuanto el tipo de IT y la fecha estimada de su duración, lo que hubiera sido significativo para poder determinar si la empresa conocía que la duración de la IT era corta o de larga duración. Pero en cuanto la propia actora afirmó que quería las vacaciones para la operación programada, la convicción de la empresa sobre la duración de la IT era que iba a ser corta, pues abarcaría según la actora un período de vacaciones. Siendo así no estamos ante una incapacidad temporal de larga duración, que permita considerar la enfermedad que tenía la actora al tiempo de su despido como discapacidad y que ampare la nulidad de su despido por vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la misma.

QUINTO.- La estimación del recurso, y revocación de la declaración de nulidad del despido, supone estimar la improcedencia del despido con el derecho de opción del empresario entre la readmisión o el abono de la indemnización que se fija en 3840,79€.

SEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en los artículos 204 y 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto del depósito efectuado para recurrir y de las costas causadas en el presente recurso. La estimación del recurso supone la devolución del depósito y la no condena en costas.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. HOTEL JARDIN TROPICAL S.L., contra Sentencia 000295/2017 de 21 de julio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife en los autos de 0000456/2017-00, sobre Despido, con revocación de la misma:1.- Declaramos improcedente el despido de la actora de fecha 9/5/2017.

2.- Condenamos a HOTEL JARDÍN TROPICA SL, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión de la actora o le indemnice en la cantidad de 3840,79€, y, para el caso de optar por la readmisión, le abone una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, a razón de 82,16€ diarios, desde la fecha de despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que la demandante hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por la parte demandada lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación

De optar por la readmisión la demandada deberá comunicar al trabajador, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad legal del FOGASA. Se acuerda la devolución a la parte recurrente del depósito.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ