



Roj: **STSJ ICAN 1677/2018 - ECLI:ES:Tsjican:2018:1677**

Id Cendoj: **38038340012018100667**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **11/09/2018**

Nº de Recurso: **1087/2017**

Nº de Resolución: **852/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA CARMEN GARCIA MARRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: CO

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: 0001087/2017

NIG: 3803844420160005898

Resolución: Sentencia 000852/2018

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000821/2016-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Claudia ; Abogado: JOSE IGNACIO CESTAU BENITO

Recurrido: ADESLAS DENTAL S.A.U.; Abogado: SERGIO GARCIA RUIZ

FOGASA: FOGASA

En Santa Cruz de Tenerife, a 11 de septiembre 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 Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA, D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO y D./Dña. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001087/2017, interpuesto por Dña. Claudia , frente a Sentencia 000278/2017 del Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº 0000821/2016-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Claudia , en reclamación de Despido siendo demandado ADESLAS DENTAL S.A.U. y FOGASA y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 01 de septiembre de 2017, por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: Primero.- Doña Claudia , ha venido prestando servicios para la entidad, Adeslas Dental, S.A.U., con la categoría profesional de odontóloga, en virtud de un contrato indefinido, celebrado el día 9 de abril de 2014. La jornada laboral pactada era a tiempo parcial (1.035 horas, al año). La cláusula quinta del contrato, establecía lo siguiente:

(...) el trabajador percibirá una retribución total de 11.254 euros brutos anuales que se distribuirán en los siguientes conceptos salariales: salario base+complemento absorbible (...). Asimismo, se establecía un Anexo 1 al contrato de trabajo, con las siguientes cláusulas: (...) Primera.- De forma adicional a la retribución fija establecida en la cláusula quinta, el odontólogo/estomatólogo percibirá un incentivo anual por actividad cuyo importe bruto será el resultado de las siguientes operaciones: sólo devengará el incentivo a partir del límite mínimo de facturación bruta de su gabinete de 48.712 euros anuales. El mínimo de facturación podrá ser revisado anualmente en función del incremento del Convenio colectivo aplicable, impuestos, precios de franquicias o cualesquiera otras circunstancias que puedan afectar a la facturación. A partir de ese mínimo de facturación se cobrará un incentivo que se calculará sobre el importe del 35% de la facturación bruta de su gabinete que exceda de 48.712 euros anuales. En la facturación bruta del gabinete no se incluirán los aditamentos. La cuantía resultante, se minorará en el importe de las reintervenciones que resulten precisas, así como en la cantidad que resulte de aplicar el porcentaje de 35% a los gastos de prótesis imputables al gabinete. Segunda.- De forma mensual se irá practicando liquidaciones a cuenta del incentivo anual por actividad por una cuantía que será equivalente al 90% del resultado del cálculo descrito en la cláusula anterior. Las liquidaciones a cuenta se realizarán distribuyendo el mínimo de facturación en 11 mensualidades. De forma anual, una vez finalizado el ejercicio y dentro del primer trimestre siguiente, se realizará la liquidación definitiva del incentivo por actividad (...). Igualmente, el día 1 de abril de 2014, ambas partes formalizaron nuevo Anexo al contrato de trabajo, con una cláusula única, del siguiente tenor: (...) mediante el presente anexo, queda añadida a la cláusula quinta del contrato indefinido a tiempo parcial celebrado con la trabajadora Dña. Claudia , con ..., el 9 de abril de 2014, el siguiente acuerdo: a partir del día 09 de abril de 2014 y por un período de seis meses, la trabajadora percibirá un complemento salarial de 550 euros brutos mensuales adicionales a su salario, por lo que dicho complemento salarial terminará el 30 de septiembre de 2014 (...). Véase, copia del contrato y los indicados Anexos (folios 6 a 13 del ramo de prueba de la trabajadora). Segundo.- En fecha de 14 de septiembre de 2016, la empresa le comunicó su despido, en virtud de escrito, con el siguiente tenor: (...) en ejecución de la potestad disciplinaria y sancionadora que los artículos 58.1 y 54 del Estatuto de los Trabajadores atribuyen a la Dirección de la Empresa, Adeslas Dental, S.A.U., le comunicamos la decisión de esta Dirección de proceder a su despido con efectos día 14 de septiembre de 2016. Los hechos que justifican tal decisión vienen constituidos por la pérdida de confianza en usted y en la ejecución de su trabajo. En los últimos tiempos usted ha disminuido continua y voluntariamente su rendimiento de trabajo normal y pactado, lo que supone un abuso de confianza por su parte, en el desempeño del mismo, inobservando las reglas de buena fe y carácter diligente debido por el trabajador al empresario conforme a las disposiciones legales. El artículo 54.2 e) del Estatuto, establece que será una vulneración grave y culpable de las obligaciones laborales, la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, y en el artículo 54.d d) del Estatuto de los Trabajadores, la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Por estos motivos, la Dirección de esta Empresa, se ve abocada a tomar esta decisión, considerando que su actitud es perfectamente encuadrable dentro de estos supuestos. Se hace constar que no es conocida por la Dirección de la Empresa, su afiliación a Organización Sindical alguna, por lo que no resulta de aplicación el artículo 10.3.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en relación con el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por todo ello, se reitera que, con efectos del día 14 de septiembre de 2016, queda usted despedido de esta Entidad, quedando extinguida su relación laboral que le vincula con esta Empresa, teniendo a su disposición la liquidación y finiquito que le corresponde (...). La trabajadora se negó a recoger la carta de despido, por lo que se procedió a su comunicación verbal, a presencia de varios testigos (véase, copia de la carta de despido y anexo a la misma - folios 22 y 23 del ramo de prueba de la empresa). Tercero.- Ese mismo día, cuando la trabajadora, tras la comunicación de su despido, se dirigía a la consulta número 6, en la Clínica Dental Adeslas, sufrió una caída de espaldas. A raíz de la misma, la Policía Local del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, se personó, en el lugar de los hechos, tras ser requerida, al efecto. La trabajadora manifestó a los agentes actuantes, desconocer con qué había tropezado para caer de espaldas. Posteriormente, fue trasladada al Hospital Universitario de Canarias, siendo diagnosticada de policontusiones, presentando dolor a nivel lumbar y rodilla- véase, parte médico expedido por el Servicio de urgencias del Hospital- folios 2 y 3 de su ramo de prueba. Cuarto.- Doña Claudia no ostenta ni ha ostentado, en el año anterior a su despido, la condición de representante legal de los trabajadores (hecho no controvertido). Quinto.- La indicada trabajadora percibió, en concepto de subsidio por incapacidad temporal, en el período comprendido entre el 5 de enero de 2015 al 13



de junio de 2016, la cantidad de 13.772,50 euros - véase, certificado de de 26 de mayo de 2017, expedido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social- folio 16 de su ramo de prueba. Sexto.- En la anualidad de 2014, percibió por retribuciones dinerarias, relativas a su rendimientos de su trabajo, el importe bruto de 14.627,20 euros (véase, Certificado de retenciones e ingresos a cuenta del impuesto sobre la Renta de las Personas físicas, facilitada por la empresa a la trabajadora- folio 55 de su ramo de prueba). Séptimo.- En la anualidad de 2016, percibió las siguientes cantidades:

Enero: 1.482,42 euros

Febrero: 1.356,62 euros

Marzo: 1.450,18 euros

Abril: 1.403,40 euros

Mayo: 1.450,18 euros

Junio: 455,52 euros (17 días trabajados); 13 días restantes: incapacidad temporal- 556,65 euros

Julio: 803,86 euros

Agosto: 803,86 euros

Septiembre: 3.284,64 euros

Véase, relación de nóminas y recibos de abono de prestaciones por incapacidad temporal por el ente gestor, Mc Mutual- folios 19 y siguientes del ramo de prueba de la trabajadora. Octavo.- En fecha de 5 de enero de 2015, doña Claudia inició un proceso de incapacidad temporal, derivado de enfermedad común, con el diagnóstico de espondilolistesis L5-S1, artrodesis pedicular L5-S1 (3 de junio de 2015), procediéndose al alta médica, con fecha de efectos, de 13 de junio de 2016. En la propuesta de resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 8 de junio de 2016, se consideró la inexistencia de menoscabo limitante para la actividad laboral, acordándose el alta médica. Así, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con fecha de salida, de 9 de junio de 2016, se comunicó a la entidad, Adeslas Dental, S.A.U., el alta de 13 de junio de 2016, informando que se (...) había procedido a una nueva valoración médica para evaluar, calificar y revisar la situación de prórroga de incapacidad temporal y, como consecuencia de la misma, se ha resuelto que procede emitir el alta médica (...)- véase, folios 17 a 21 del ramo de prueba de la empresa. Noveno.- La trabajadora, tras el alta médica, se reincorporó a su actividad laboral, hasta la fecha del despido (hecho no controvertido). Décimo.- Doña Claudia inició otro proceso de incapacidad temporal, el día 24 de enero de 2017, con el diagnóstico "hernia discal. Discopatía. Degeneración disco intervertebral lumbar o lumbosacral". Causó alta médica, el 24 de marzo de 2017; en dicho período percibió, en concepto de prestaciones por incapacidad temporal, el importe de 1.544,89 euros - folio 99 a 102 del ramo de prueba de la trabajadora. Undécimo.- En fecha de 31 de marzo de 2017, inició otro período de incapacidad temporal, calificado como "recaída" del anterior, de 24 de enero de 2017, con el diagnóstico de "sacroilitis no clasificable", causando alta, el 30 de abril del indicado año. Por dicho período percibió, en concepto de prestaciones por incapacidad temporal, la cantidad bruta de 1.085 euros (véase, folios 98 y 103 del ramo de prueba de la trabajadora). Duodécimo.- Finalmente, doña Claudia, presentó papeleta de conciliación ante el Semac, en impugnación de despido, el día 4 de octubre de 2016, celebrándose el día 27 de octubre del indicado año, resultando sin avenencia (véase, copia del acta del intento de conciliación acompañado al escrito de la trabajadora, de fecha de 27 de octubre de 2017, obrante en autos). TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Se estima, parcialmente, la demanda presentada por doña Claudia frente a la entidad, Adeslas Dental, S.A.U. y, en consecuencia, se declara improcedente el despido, con fecha de efectos, de 14 de septiembre de 2016, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre indemnizarle en la cuantía de 4.558,12 euros, sin salarios de tramitación, o a readmitirle en su puesto de trabajo abonándole una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, a razón de 55,25 euros diarios, desde la fecha de despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que la citada trabajadora 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 a la trabajadora, 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. Los pronunciamientos de condena pecuniarias reseñados en la presente resolución, se extenderán, igualmente, respecto del Fondo de Garantía Salarial, en los supuestos de responsabilidad legal a que hubiere lugar.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Dña. Claudia, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2018.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La demandante recurre al amparo del artículo 193.c) de la LRJS alega la infracción del artículo 55.5 del ET, artículos 14 y 15 de la Constitución Española, la Directiva 200/78CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 y jurisprudencia establecida en STJ de la Unión Europea en el caso Mohamed **Daouidi** contra Bootes Plus S.L. de 1 de diciembre de 2016, sentencia caso HK Danmark de 11 de abril de 2013, así como STC 19 de enero de 2006, 30 de octubre de 2008 y 28 de febrero de 2011. Indica que para valorar la existencia de despido nulo causando por la situación de enfermedad de los trabajadores resulta aplicable la doctrina constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba, debiendo el actor acreditar indicios de vulneración del derecho y una vez acreditados los indicios el empleador tiene que acreditar que el móvil de despido es ajeno a la discriminación. Señala la demandante que se han acreditado sobradamente los siguientes indicios: 1) la actora sufrió un largo proceso de baja laboral y la dolencia que sufría tenía mucha posibilidad de reactivarse como así se produjo tras el despido. 2) Que el despido se produjera cuando estaba de alta no excluye el indicio de que el despido se podía producir por la enfermedad, sino que hay que ponerlo en relación con el resto del panorama indiciario bajas anteriores y sospecha fundada de recaídas posteriores que no es lo mismo que aplicar retrospectivamente una enfermedad como manifiesta la sentencia. 3.) No se ha probado la disminución voluntaria en el trabajo que es la causa alegada en la carta de despido. Alega el recurrente que si bien inicialmente el TSJUE estimó que la persona despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en la protección de la directiva, descartando equiparar enfermedad y discapacidad, dicho criterio se ha venido atemperando en las sentencias posteriores antes referenciadas. Y así dichas resoluciones no exigen que el proceso de incapacidad temporal tenga que ser duradero, sino que no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, y el carácter duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta el acto discriminatorio, y que dicha determinación será una cuestión puramente probatoria. Pone de manifiesto que el cambio de criterio del Tribunal de Justicia justifica reabrir el debate de los despidos nulos por enfermedad y su análisis en situaciones como las del presente supuesto en que el despido difícilmente se puede amparar en otra causa que no sea la eventual incapacidad temporal.

La STS de 3 de mayo de 2016 señala que la condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET ("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"). Pero indica que los conceptos de enfermedad y discapacidad no son coincidentes o equiparables, señalando que la enfermedad 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, y sin embargo, la discapacidad es una situación permanente que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. Por ello concluye que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples, pues los discapacitados tienen unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades. El Tribunal Supremo en el referido supuesto en que la recurrente había sufrido un accidente de tráfico el 1 de marzo que le provocó un "latigazo cervical", y fue despedida el 11 de marzo de 2013, cuando aún se encontraba en situación de IT, consideró que el despido debía ser calificado como improcedente y no nulo al no existir un factor de discriminación, ni estar encuadrado en los supuestos que el ET califica como despidos nulos. Igualmente el Tribunal Supremo abordó la incidencia de la STJUE de 11 de abril de 2013, señalando que no procedía calificar de discapacidad la situación de la demandante atendiendo al concepto de discapacidad recogido en la Directiva. Indica que este concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 200/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

Con posterioridad el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de marzo de 2018 reitera: "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."

En el supuesto contemplado por el Tribunal Supremo la actora había iniciado un proceso de incapacidad temporal en 13 de octubre de 2014, con diagnóstico de trastorno depresivo grave fue despedida el 31 de julio de 2015 y el proceso de incapacidad temporal había concluido el 12 de octubre de 2015, por agotamiento del plazo.



En el presente caso la demandante había permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 5 de enero de 2015 por enfermedad común con el diagnóstico de espondilolistesis L5 S1, el 3 de junio de 2015 se realiza artrodesis pedicular L5 S1, y se emitió el alta médica el 13 de junio de 2016 por resolución del Inss por inexistencia de menoscabo limitante para la actividad laboral. La actora se reincorporó tras el alta médica y prestó servicios hasta la fecha del despido el 14 de septiembre de 2016 (hechos probados octavo noveno y segundo). Por lo tanto y si bien la actora había permanecido de baja médica durante más de un año, sin embargo, había sido dada de alta sin que existiera menoscabo incapacitante para la actividad laboral tres meses antes, reincorporándose a su trabajo y sin que conste ninguna incidencia médica con anterioridad al despido. El despido se efectúa cuando habían transcurrido tres meses desde el alta médica por lo que en dicha fecha no puede considerarse que se trataba de una situación de enfermedad de larga duración. Como señala la jurisprudencia comunitaria entre los indicios que permiten considerar que una limitación es duradera figura 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, pero en el presente caso la incapacidad temporal había terminado declarándose la inexistencia de menoscabo limitante por la entidad gestora. Por lo tanto la sentencia de instancia no incurre en las vulneraciones denunciadas y debe desestimarse la pretensión de nulidad del despido.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Claudia contra la Sentencia 000278/2017 de 1 de septiembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife sobre Despido, la cual confirmamos íntegramente.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 2 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 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 librese 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.