



Roj: **STSJ GAL 6066/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:6066**

Id Cendoj: **15030340012018104371**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2018**

Nº de Recurso: **2461/2018**

Nº de Resolución: **4416/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARIA SRA. BARRIO CALLE-BPB

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15030 44 4 2017 0005796

RSU RECURSO SUPLICACION 0002461 /2018

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001139 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S: Palmira Everardo

RECURRIDO/S: INSS Y TGSS

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 2461/2018 interpuesto por DÑA. Palmira contra la **sentencia** del JDO. DE LO SOCIAL nº 1 DE A CORUÑA, siendo Ponente ILMO. SR. D- LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Dña. Palmira en reclamación de Despido Disciplinario, siendo demandados la entidad Toxo Solucions SL y el Ministerio Fiscal. En su día se celebró acto



de vista, habiéndose dictado en autos núm. 1139/17 sentencia con fecha 17 de abril de 2018 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda formulada.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La demandante ha venido prestando servicios como trabajadora por cuenta ajena de la mercantil demandada, en virtud de contrato de trabajo temporal a tiempo parcial, con antigüedad de 01/09/2017, categoría profesional de Auxiliar Administrativo, y un salario mensual bruto de 657,83 €/mes con prorrata de pagas extras. No consta que la demandante haya ostentado cargo alguno de representación sindical o legal de los trabajadores.

2º.- La demandante inició, con fecha de 10/10/2017, un proceso de incapacidad temporal, con duración estimada de 30 días, por ansiedad.

3º.- La empresa demandada abonó las siguientes cantidades: -con fecha de efectos de 08/09/2017, la cantidad de 450,00 €, en concepto de nómina de agosto -con fecha de efectos de 09/10/2017, la cantidad de 550,00 € en concepto de nómina del mes de septiembre (en el recibo de la nómina de ese mes la cantidad líquida a percibir que consta es de 602,56 €) -con fecha de efectos de 01/04/2018 la cantidad de 145,24 € en concepto de liquidación a la trabajadora demandante.

4º.- En fecha de 20/10/2017 la empresa remitió comunicación escrita a la trabajadora demandante poniendo en su conocimiento la decisión empresarial de dar por extinguida la relación jurídico-laboral. Dicha carta de despido tiene el siguiente tenor literal: "Por la presente le comunicamos la extinción de la relación laboral que mantenemos con Ud. mediante despido por causas objetivas, en virtud de lo establecido en el art. 52.a), c) del Estatuto de los Trabajadores . Las causas que motivan la resolución del contrato de trabajo son las siguientes: La falta de adaptación por su parte a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, que produce una disminución sustancial (sic) de su calidad de trabajo, nos obliga a prescindir de sus servicios". No consta la entrega efectiva de la misma a la trabajadora.

5º.- Es de aplicación el Convenio Colectivo del sector de comercio vario de la provincia de A Coruña.

6º.- En fecha de 06/11/2017 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 20/11/2017, el cual concluyó sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: QUE ESTIMANDO la demanda presentada por Da. Palmira , en su propio nombre y representación, DEBO DECLARAR Y DECLARO la improcedencia del despido de la demandante, y en consecuencia QUE DEBO CONDENAR Y CONDE **NO** a la mercantil demandada TOXO SOLUCIONS SL a proceder, a su elección y a ejercitar en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, a la readmisión de la trabajadora demandante en las mismas condiciones existentes antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación por importe de tres mil ochocientos cinco euros con doce céntimos (3.805,12 €), con un interés procesal del 10 %, o a abonar al demandante a una indemnización por importe de (ciento dieciocho euros con noventa y cuatro céntimos (118,94€)."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la trabajadora la estimación parcial de su demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación de los artículos 14 CE , 4.2.e) , 17 , 26 , 55.4 ET y 7 de la Ley 3/2007 .

SEGUNDO.- Ninguna de las modificaciones fácticas puede acogerse:

(a) La relativa al salario módulo carece de denuncia jurídica correlativa en la parte fáctica (sólo se argumenta sobre nulidad y sus consecuencias, pero no hay precepto citado -sería el artículo 56 ET - sobre la alteración de la indemnización); y debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 193.b) LJS (los de "hechos") y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de "derecho"), pues si ello no se realizara de la manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un hecho declarado probado sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTJ Galicia 22/11/17 R. 2452/17, 07/09/17 R. 2158/17, 12/07/17 R. 805/17, 10/03/17 R. 5240/16, 11/01/17 R. 2876/16, etc.). Pero es que, además, en el f. 74 -contrato de trabajo- consta claramente que el número de horas semanales es de 20 y no de 22, como se afirma por la recurrente en su motivo, esto



es, el documento no corrobora lo que se sostiene en el recurso, sino todo lo contrario, que coincide con las conclusiones del Magistrado de Instancia, aparte de que la categoría profesional de la actora es de Auxiliar administrativa y no de Oficial administrativa, resultando que se le está retribuyendo en cantidad mayor que el mínimo fijado por el CC para su categoría y parcialidad (473,28€/mes), una vez prorrateadas las tres pagas extras y otros emolumentos, lo que arrojarían los 657,83€ fijados en Sentencia. Y,

(b) La relativa al ingreso en urgencias, porque es la manifestación subjetiva de la actora y no una constatación objetiva; lo que se quiere hacer constar se recoge en el apartado "S" de la nota SOIP -"S" de subjetivo o manifestaciones del paciente-, al margen de que liga su situación clínica a un problema laboral ("su Jefe le grita") bajo un razonamiento que se ha descartado en la Instancia y que, en su caso, no podría ubicarse en la parte fáctica de la Sentencia, sino en la jurídica.

TERCERO.- 1.- Comenzando por la reclamación salarial, lo cierto es que no parece existir deuda entre la empresa y la empleada, porque, siquiera se indique que el abono en septiembre/2017 responde a agosto, según el indubitado ordinal primero la relación laboral comenzó en septiembre de ese año, por lo que es totalmente imposible que pudiesen haberse pagado servicios anteriores, lo que lleva a la misma conclusión fijada en la resolución recurrida: se deben sumar los tres pagos efectuados y de ellos deducirse las cantidades adeudadas, de lo que no resulta crédito alguno a favor de la actora, ya que se ha pagado más de lo debido. En concreto, las cantidades debidas eran 998,90€, y las pagadas 1.000€, además de 145,24€ por vacaciones e indemnización.

2.- Y, respecto del motivo de nulidad, se aúnan dos motivaciones diferentes, pero relacionadas: una, que ha habido una situación de acoso; y dos, debido a ello, la actora ha entrado en IT y, por ello, se la despide. En cuanto a la primera faceta, se parte de la existencia de un acoso, que no se ampara en dato fáctico alguno y, con tales afirmaciones se incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", que se produce cuando en el recurso se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (en este sentido, SSTS 20/12/10 -rev 2/10 -; 31/01/11 - rcd 855/09 -; 16/05/11 - rcd 2727/10 -; 22/12/11 - rco 216/10 -; y 25/01/12 - rco 30/11 -; y 06/06/12 - rco 166/11 -. Se hacen eco de numerosas resoluciones de la Sala Primera, entre las recientes, SSTS 02/06/10 -rec. 1138/07 -; 10/06/10 -rec. 189/06 -; y 26/05/10 -rec. 764/06 -. También se podrían citar las SSTSJ Galicia 31/05/18 R. 1057/18 , 12/04/18 R. 4942/17 , 12/04/18 R. 5357/17 , 10/04/18 R. 4862/17 , 22/03/18 R. 4894/17 , etc.). Por lo que desde esta perspectiva mal podría ampararse una petición como la planteada.

Y, en cuanto a la segunda faceta, se puede recordar que el criterio derivado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 01/12/16, C-395/15, asunto Mohamed **Daouidi** , ha implicado un cambio jurisprudencial sobre la consideración de los despidos de trabajadores en IT, que, hasta este momento y de forma tradicional, se habían considerado como meramente improcedentes (SSTS 02/11/93 Ar. 8346 ; 19/01/94 Ar. 352 ; 23/05/96 Ar. 4612 ; y 30/12/97 Ar. 1998/447), y ahora podrían ser nulos, para el caso de que la baja fuese duradera, porque, "a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU (Decisión 2010/48), el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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", por lo tanto, lo fundamental será el carácter duradero de la limitación, que debe analizarse con respecto al estado de incapacidad de la interesada en la fecha en la que se adopta contra ella el acto presuntamente discriminatorio, que en este caso es el acto de despido. De ahí que, aunque a nivel interno la situación de la trabajadora sea calificada técnicamente como una IT, ello no impide, ahora, que la limitación de su capacidad pueda considerarse duradera, en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.

Sin embargo, aquí falta el rasgo elemental (aparte de que no deriva de accidente de trabajo) y es la durabilidad, porque dicha incapacidad no parece -así lo indica la Instancia- que pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de su salud, dado que la baja se califica como corta, se le fija un periodo de restablecimiento calculado de 30 días, y responde a un estado de ansiedad, lo que revela su levedad. En consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña Palmira , confirmamos la sentencia que con fecha 17/04/18 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de La Coruña , y por la que se estimó en parte la demanda formulada contra la empresa "TOXO SOLUCIONS, SL".

MODO DE IMPUGNACION: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro



del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

-El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

-Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

-Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.