



Roj: **STSJ GAL 6306/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:6306**

Id Cendoj: **15030340012018104611**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2018**

Nº de Recurso: **2342/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 27028 44 4 2017 0002010

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002342 /2018 MRA

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000659 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña XENETICA FONTAO,S.A.

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, Abilio

ABOGADO/A: , GERMAN VAZQUEZ DIAZ

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR,

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA,

ILMA SRª Dª Mª TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

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

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002342/2018, formalizado por XENETICA FONTAO,S.A., contra la sentencia 492/2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000659/2017, seguidos a instancia de Abilio frente a XENETICA FONTAO,S.A., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Abilio presentó demanda contra XENETICA FONTAO,S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 492/2017, de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: .

Primeiro.- Abilio , maior de idade, prestou os seus servizos como traballador por conta allea por orde de XENÉTICA FONTAO, SA coas seguintes circunstancias laborais e persoais: · Antigüidade: dende o 19 de xuño de 2017 ata o 14 de xullo de 2017. · Categoría profesional: oficial 2^a peón. · Centro de traballo: lugar Escolma Fontao, Esperante, s/n, 27290, Lugo. · Tipo de contrato: interinidade cun período de proba de máximo de un mes. · Xornada: 40 horas á semana, de luns a domingo. · Salario (a efectos de despedimento): o Contía de 1459,20 euros ao mes, incluíndo a prorrata de pagas extraordinarias. o Tempo e forma de pagamento do salario: pagamento mensual e mediante transferencia bancaria. · Abilio non exerce nin exerceu no último ano cargo de delegado de persoal ou representante dos traballadores/as, se ben está afiliada á CIG. Segundo.- Abilio iniciou un proceso de IT do 11 de xullo de 2017 por unha luxación de ombreiro e cun período de curación estimado de "medio". Terceiro.- O servizo de prevención MUGATRA cualificou ao traballador como apto. Cuarto.- Abilio ten unha discapacidade do 45 % cualificada como definitiva o 10 de febreiro de 1997. O traballador padece unha páralise espástica neonatal secundaria a sufrimento fetal con hemiparesia esquerda leve. CVE:- k2WETkeqU8 Verificación: <https://sede.xustiza.gal/cve> 3 Quinto.- O 30 de xuño de 2017 reuniuse a comisión de avaliación e concluíu por unanimidade que Abilio non era apto para o traballo encomendado dado que as súas habilidades non se adaptaban ás esixencias do traballo, carecía da pericia suficiente e non amosaba axilidade para o desempeño das tarefas. Sexto.- Mediante o escrito do 14 de xullo de 2017 XENÉTICA FONTAO, SA comunicou a Abilio o cese da relación laboral por non superación do período de proba. Sétimo.- O 21 de xullo de 2017 presentouse a papeleta de conciliación o acto tivo lugar o 9 de agosto de 2017, sen avinza ante a incomparecencia da empresa

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: .

1. Acollo a demanda formulada por Abilio contra XENÉTICA FONTAO, SA de tal xeito que: · Declaro nulo o despedimento de Abilio con efectos dende o 14 de xullo de 2017. · Condono a XENÉTICA FONTAO, SA a que proceda á readmisión do traballador en idénticas condicións ás que ostentaba o 14 de xullo de 2017. · Condono a XENÉTICA FONTAO, SA ao pagamento a Abilio dos salarios de tramitación deixados de percibir dende o 14 de xullo de 2017 ata data da notificación da presente resolución na contía de 47,97 euros diarios.
2. Non se fai pronunciamento sobre custas do procedemento.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por XENETICA FONTAO,S.A. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 13-7-2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 19-11-2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- La parte demandada vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada. El recurso ha sido debidamente impugnado.

Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende por la empresa recurrente, alterar:

1º/ modificando el **hecho probado primero** , para que se le dé nueva redacción añadiendo lo siguiente:

"Los cometidos principales de los peones son los relativos al cuidado y puesta en producción de estos animales: - Conducción y uso de tractores, carro mezclador y maquinaria agraria en general. -Cuidado, sujeción y manejo de los sementales: capacitación para manejar sementales 1200 a 1500 Kg. -Alimentación y limpieza de naves de ganado. - Limpieza de arrobaderas, fosas y farras de conducción. - En general cualquier trabajo relacionado con la llevanza de una explotación agropecuaria de ganado bovino selecto."

Se ampara en la documentación incorporada al expediente administrativo, en concreto el escrito relativo a las características de la plaza.

La pretensión no se admite porque, infringe las exigencias de los artículos 193.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral , porque hace invocación genérica de documentos o valora jurídicamente alguna de esa documental. Al efecto, la jurisprudencia (ss. 27-2 , 22-5-2.001 , 12-5-2.003) afirma que la cita global de documentos carece de valor y operatividad; el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que apoya su pretensión revisora que, por sí solos, demuestren la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. Por otra parte, este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas -documentos y pericias evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que -por ello a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17-octubre-90 [RJ 1990\7929] y 13-diciembre-90 [RJ 1990\9784]), hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia, entre otras, de 3-3-00 [AS 2000\487], 14-4-00 [AS 2000\1087], 15-4-00 ...).

SEGUNDO .- Al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, en tres motivos relacionados, solicita el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada. A) Alega infracción del art 97 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución Española .

En cuanto que considera la empresa recurrente: A) que el cese de la demandante no puede ser declarado despido nulo, alegando en esencia que se trata de una extinción por no superación del periodo de prueba. Y no puede ser aplicada la doctrina de la vulneración de derechos fundamentales, sin desconocer dicha circunstancia, que le distingue de la propia extinción, (despido) una vez superado tal periodo. B) Asimismo alega infracción de los referidos preceptos, al entender que la sentencia, adolece de incongruencia extrapetitur, por repechar a la empresa la falta de adaptación del puesto, sin haberse solicitado en demanda. C) Y finalmente alega vulneración del art 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y 96 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con la carga de la prueba.

Resolviendo al unísono los tres motivos planteados, y dado los términos del recurso, debemos comenzar por afirmar que, como hemos señalado recientemente en nuestra sentencia de STSJ, Social sección 1 del 26 de julio de 2018 (ROJ: STSJ GAL 3831/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:3831) Recurso: 1301/2018 siguiendo la doctrina sentada por el TS, entre otras en sentencia de TS de 18 de abril de 2011 (Sala general, rcd 2893/2011), es verdad que, en los supuestos como el enjuiciado de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, las diferencias con el despido resultan sustanciales, conforme a la jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita la Sentencia. Así, se señala que mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una



clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan "resultados inconstitucionales" (SSTC 94/1984, de 16 de octubre [RTC 1984, 94], FJ 3, y 166/1988, de 26 de septiembre [RTC 1988, 166], FJ 4). No cabe olvidar que el objeto del período de prueba es modo de establecer un período de experimentación mutua, y debe entenderse que no debería quedar condicionada por la duración temporal o indefinida del contrato (aunque la segunda derivara de la ilicitud de la primera). Especialmente, porque en el período de prueba la teleología de un pacto de esta naturaleza es comprobar, como ha manifestado la jurisprudencia (STS 20 de julio 2011, rec. 152/2010), la "aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado".

Ahora bien, en el supuesto de autos, la circunstancia de que el trabajador haya sido declarado incapacitado añade un matiz más, a tener en cuenta, en cuanto a la solución jurídica del supuesto. Pues como se expresa en la resolución recurrida, el motivo de nulidad alegado y estimado por la juzgadora de instancia, radica en la apreciada existencia de discriminación por la enfermedad, o más concretamente, por la discapacidad del trabajador, pudiendo afirmar como así lo hicimos en resolución anterior, que en definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales. Y debiendo poner de manifiesto, que se ha de tener presente, en dicha valoración, el postulado del art 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, que impone al empresario, dentro de su derecho de vigilancia y control de la actividad de los trabajadores, la obligación respecto de los discapacitados, de atender a su capacidad real.

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 21 junio 2018. JUR 2018\235123, conforme a lo dispuesto en los art. 55.5 ET y 108.2 LRJS, la declaración de nulidad del despido debe ceñirse a los supuestos previstos en dichas normas, entre los que no está el hecho de encontrarse de baja médica el trabajador, debiendo, para que la baja médica pueda generar una posible nulidad, remitirse a supuestos de discriminación con posible vulneración de derechos fundamentales, ligado, además, a supuestos de discapacidad en la línea de la Directiva Comunitaria 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383) del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, así como ligado a la misma la posible duración de la baja en curso. En efecto, según la jurisprudencia comunitaria (TJCE 11-4-2013 (TJCE 2013, 122), 11-7-2016, TC 26-5-2008 (RTC 2008, 62), TS 27-1-2009 (RJ 2009, 1048), 31-1-2011 (RJ 2011, 922)) no toda situación de despido durante la situación de IT resulta al día de hoy constitutiva de despido nulo, ya que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, sólo puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación; o dicho de otro modo, el despido durante la situación de IT sólo podrá ser discriminatorio por razón de discapacidad si se acredita que el despido tuvo por móvil la enfermedad del trabajador, siempre que se trate de una enfermedad curable o incurable que 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, siempre y cuando se trate de una limitación de larga duración.

TERCERO .- En la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, con valor se hecho probado se hace constar que: a) El trabajador inició un proceso de IT del 11 de julio de 2017 por una luxación de hombro y con un período de curación estimado de "medio" (folio 25 de los autos). b) fue despedido tres días después. (14-07-17). c) que el trabajador tiene una discapacidad del 45 % cualificada como definitiva el 10 de febrero de 1997 (folio 21 dos autos) y padece una parálisis espástica neonatal secundaria a sufrimiento fetal con hemiparesia izquierda leve (folio 23 de los autos) d) el 30 de junio de 2017 se reunió la comisión de evaluación y concluyó por unanimidad que Abilio no era apto para el trabajo encomendado dado que sus habilidades no se adaptaban a las exigencias del trabajo, carecía de pericia suficiente y no mostraba agilidad para el desempeño de las tareas. (folio 47 de los autos). Y además en los hechos probados se dice que el servicio de prevención MUGATRA calificó al trabajador como apto. Con anterioridad a la suscripción del contrato. (12/06/17).

Como señala la STS, Social sección 1 del 15 de marzo de 2018 (ROJ: STS 1244/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1244) Sentencia: 306/2018 Recurso: 2766/2016, "..... 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....."

CUARTO .- Pues bien, poniendo en relación la Jurisprudencia referida, con las particularidades del supuesto concreto ahora contemplado, la juzgadora de instancia ve indicios de vulneración de derecho fundamental en que: El trabajador inició un proceso de IT del 11 de julio de 2017 por una luxación de hombro y con un período de curación estimado de "medio" (folio 25 de los autos). Y que fue despedido tres días después. (14-07-17). Y que el trabajador tiene una discapacidad del 45 % cualificada como definitiva el 10 de febrero de 1997 (folio 21 dos autos) y padece una parálisis espástica neonatal secundaria a sufrimiento fetal con hemiparesia izquierda leve (folio 23 de los autos)

Nos encontramos con que, al demandante se le efectuó contrato de trabajo, con conocimiento de su situación de discapacidad del 45%, porque a pesar de tal limitación, fue declarado apto por el servicio de prevención (Mugatra 12/06/17), para el desempeño de la actividad para la que había sido contratado, y categoría profesional de peón oficial 2ª, con contrato de interinidad para sustituir a personal de baja por enfermedad. Inició el contrato el 19 de junio de 2017. Y el día 30 de junio de 2017, se reúne la comisión de evaluación, que resuelve estimar que no es apto, para desempeñar el puesto de trabajo que venía realizando (folio 47), porque, aunque la aptitud del trabajador es buena, no es capaz de progresar en sus habilidades y que estas no se adaptan a las exigencias, del trabajo de la Granja, que ellos vienen desempeñando. Y que no demuestra pericia suficiente para desempeñar los diferentes trabajos que realiza este equipo de trabajadores en la explotación, fundamentalmente en relación con máquinas y animales, siendo mejor su desempeño en tareas de limpieza. Y que muestra falta de agilidad sobre todo para la realización de tareas que tienen que ver con animales. A pesar de que se le adiestra con animales de menor tamaño, y aun así se percibe que no está muy ágil. Se concluye que a ver si cambia la situación, y si no el gerente manifestó que se procederá a extinguir la relación



con este trabajador. El trabajador inició el proceso de IT el 11 de julio de 2017, por una luxación de hombro, periodo de curación medio. Y el 14 de julio se le comunica la extinción de la relación por no superación de periodo de prueba.

A la vista de lo expuesto, consideramos que la situación de incapacidad temporal ahora examinada, no cabe calificarla como discapacidad en el sentido descrito de que se refiere a una limitación, que por ser de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de " discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. Como 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. Puesto que tal situación de baja médica se estimaba de duración media.

Ahora bien, la juzgadora de instancia, tal como razona en la sentencia, enlaza la discapacidad padecida por el trabajador con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo, con la verdadera causa de extinción de la relación laboral, al decir que, el contenido del documento obrante al folio 47 de los autos de la comisión de evaluación, está relacionado con la valoración de la influencia de la discapacidad en la realización del trabajo y que así lo indicó o Sr. Abilio que declaró en la vista (Jefe de explotación) indicando, "veían que el actor no ejecutaba bien su trabajo, que era más lento que los otros trabajadores y que le parecía que tenía que tener algún tipo de limitación".

Considerando como indicio de vulneración de derecho fundamental, la discapacidad que sufre el demandante, al estimar que la misma es la verdadera causa de la extinción, y no la falta de habilidad y destreza para el desempeño de su actividad laboral al margen de su discapacidad.

Por tanto la juzgadora de instancia aprecia indicios y esos indicios existen, y apreciados dichos indicios, en aplicación de la técnica denominada de inversión de la carga probatoria, corresponderá a la demandada llevar al juzgador la plena convicción de que la decisión controvertida -el cese del demandante- fue absolutamente ajeno a tal intencionalidad. De modo que una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, "sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria STC 114/198, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981 , 104/1987 (RTC 1987 , 104) , 114/1989 , 21/1992 , 85/1995 y 136/1996 (RTC 1996, 136), así como también las SSTC 38/1986 , 166/1988 , 135/1990 (RTC 1990 , 135) , 7/1993 y 17/1996 (RTC 1996, 17).

QUINTO .- Doctrina que resulta aplicable, aunque la decisión de extinguir se haya adoptado dentro del periodo de prueba, pues según pacífica doctrina constitucional y jurisprudencial, la facultad empresarial de extinción contractual por no superación del periodo de prueba, tiene como límite la prohibición de discriminación y la vulneración de derechos fundamentales, por lo que resulta de aplicación la tutela judicial prevista en la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, cuando se invoca la vulneración de una u otros.

Y a la vista del relato de hechos probados que contiene la resolución de instancia, consideramos tal como ha resuelto la juzgadora, que la empresa no ha logrado acreditar la existencia de causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y ello aun cuando en el hecho probado quinto, se diga que el 30 de junio 2017 se reunió la comisión de evaluación y concluyó por unanimidad que Abilio no era apto para o trabajo encomendado dado que sus habilidades no se adaptaban a las exigencias del trabajo, carecía da pericia suficiente y no mostraba agilidad para el desempeño de sus tareas. Siendo esta valoración el dato objetivo, en que la empresa se ampara, para justificar su reacción de extinción.

Y ello por cuanto debemos recordar aquí que, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383) 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, incluye en su artículo 1º la discapacidad como uno de los motivos prohibidos de discriminación, en congruencia con el art. 21.1 CDFUE (LCEur 2007, 2329) , así como -ya en su artículo segundo- la clásica distinción entre 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 prohibidos) y discriminación indirecta (cuando una disposición, criterio o práctica



aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con discapacidad, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima).

Y en su artículo 5º establece el mandato de "ajustes razonables para las personas con discapacidad" en los siguientes términos".

Artículo 5. Ajustes razonables para las personas con discapacidad ... A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

Y la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (RCL 2013, 1746) y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013), define en su art. 63 como vulneraciones al "derecho a la igualdad de oportunidades" "... cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas."

Y a la vista de lo expuesto, y del contenido del art 20.3 del Estatuto de los Trabajadores que obliga al control y vigilancia de la actividad del discapacitado, conforme a su capacidad real, y a que en el propio documento de evaluación, en que se basa la empresa para justificar su actitud, se hacía referencia a que sería mejor su desempeño en tareas de limpieza, y puesto todo ello en relación, con el proceso de IT que se inició el do 11 de julio de 2017 por una luxación de hombro y con un período de curación estimado de "medio". Llegamos a igual conclusión que la sentencia recurrida, en el sentido de entender que la empresa no ha dado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Lo que lleva consigo la apreciación de la vulneración del derecho fundamental, y en consecuencia la desestimación del recurso, en todos su motivos.

Y al haberlo apreciado así, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado y, en definitiva, estimatorio de la pretensión deducida en la demanda. Y en consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa XENETICA FONTAO S.A, contra la sentencia de fecha 29/12/17, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3, de Lugo en autos 659/17 confirmamos la sentencia recurrida.

Condenamos a la entidad recurrente a abonar los honorarios de letrado de la actora e impugnante de la suplicación por importe de seiscientos un euros (601 €). De acuerdo con el artículo 235.1 LJS, la empresa demandada-recurrente ha de abonar los honorarios de letrado de la actora-impugnante del recurso. Dándosele a los depósitos constituidos el destino legal correspondiente.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : 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 le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ