



Roj: **STSJ PV 3062/2018 - ECLI:ES:TSJPV:2018:3062**

Id Cendoj: **48020340012018101875**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2018**

Nº de Recurso: **2021/2018**

Nº de Resolución: **2203/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO N°:** Recurso de suplicación 2021/2018

**NIG PV 20.05.4-18/000890**

**NIG CGPJ 20069.34.4-2018/0000890**

**SENTENCIA N°: 2203/2018**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 6 de noviembre de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por las/el lltmas/o. Sras/Sr. D<sup>a</sup> GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D<sup>a</sup>. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrado/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por **TELE PIZZA SAU**, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 4 de junio de 2018 , dictada en proceso sobre DSP y entablado por Leonardo frente a **TELE PIZZA SAU y FONDO DE GARANTIA SALARIAL** .

Es Ponente la lltma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> ELENA LUMBRERAS LACARRA, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"**PRIMERO**.- El actor Leonardo ha venido prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Tele Pizza, S.A.U. desde el día 16-8-11, con categoría profesional de subencargado y salario mensual 877,80 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

**SEGUNDO**.- El día 26-7-17, el trabajador fue sometido a un examen de salud a instancia de la empresa demandada.

En el dictamen médico emitido en fecha 4-8-17 se señalaba como resultado de dicho examen: apto con restricciones laborales. Se recomendaba la no realización de tareas de estirado de la masa y de manejo de la pala del horno excepto puntualmente (documento nº 13 de la parte demandada).

**TERCERO**.- Nuevamente, el día 19-1-18 el trabajador fue sometido a un reconocimiento médico a instancia de la empresa demandada.



En el informe médico emitido en dicha fecha se señalaba que el trabajador no era apto para su puesto de trabajo (documento nº 2 de la parte demandante)

**CUARTO.-** El día 31-1-18, la empresa Telepizza, S.A.U. comunicó al trabajador mediante carta, cuyo contenido se da por reproducido, la extinción de su contrato de trabajo con fecha de efectos 15-2-18 por ineptitud sobrevenida conforme al art. 52.a) del Estatuto de los Trabajadores ; y que, en cumplimiento de lo establecido en dicho texto legal, ponía a su disposición una indemnización de 3.803,51 euros (documento nº 3 de la parte demandante).

**QUINTO.-** El actor causó baja por incapacidad temporal en los siguientes periodos (documento nº 3 de la parte demandada):

- -Del 28-4-15 al 10-5-15 (por enfermedad común);
- -Del 8-2-16 al 10-2-16 (por enfermedad común);
- -Del 29-5-16 al 19-6-16 (por accidente de trabajo);
- -Del 9-8-16 al 4-12-16 (por accidente de trabajo);
- -Del 21-1-17 al 30-6-17 (por accidente de trabajo);
- -Del 4-8-17 al 10-8-17 (por accidente de trabajo).

**SEXTO.-** Resulta de aplicación a las partes el Convenio colectivo de productos cocinados para venta a domicilio.

**SÉPTIMO.-** El trabajador no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores.

**OCTAVO.-** Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación, el cual ha resultado intentado sin efecto."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Estimando la demanda interpuesta por Leonardo frente a la empresa Tele Pizza, S.A.U., declaro la nulidad del despido efectuado por la empresa demandada sobre el actor en fecha de efectos 15-2-18 y condeno a la empresa demandada a readmitir al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de los salarios dejados de percibir por el actor a razón de 29,37 euros diarios desde aquella fecha hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a ella y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación y a que abone al demandante en la cantidad de 9.000 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La empresa TELE PIZZA SAU recurre en suplicación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián que estima la demanda interpuesta por D. Leonardo y declara la nulidad de su despido de fecha 15 de febrero de 2018 condenando a la mercantil demandada a las consecuencias legales de dicha declaración así como al abono al trabajador de una indemnización de daños y perjuicios de 9.000 euros.

Basa su recurso en los motivos previstos en las letras b ) y c) del artículo 193 de la LRJS .

El trabajador demandante ha impugnado el recurso interpuesto solicitando su desestimación.

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso la empresa demandada solicita la revisión del relato de Hechos Probados contenido en la sentencia de instancia con base en el artículo 193 b) de la LRJS .

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989 , y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional ( Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero ).

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

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



- a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;
- b.-) Que el error sea evidente;
- c.-) Que los errores denunciados tengan transcendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;
- d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,
- e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

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

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

La empresa solicita añadir un nuevo hecho probado según el cual "las funciones y tareas de la categoría profesional de Subencargado de establecimiento que vienen señaladas en el convenio de aplicación, están descritas en el profesiograma elaborado por la empresa". No procede acceder a dicha revisión pues la sentencia recurrida en su fundamento jurídico cuarto copia literalmente, con evidente valor fáctico, cuáles son las funciones de Subencargado según el Convenio Colectivo de aplicación, y el profesiograma al que se refiere la empresa es un documento elaborado unilateralmente por la misma.

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

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

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

**CUARTO.** - Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la LRJS, impugna la mercantil recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 96-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone que "En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".



El artículo 181-2 de la misma Ley procesal laboral establece que "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

El artículo 55.5 del ET considera nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador.

En la STC 87/2004 de 10 de mayo se dice que la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de procedimiento laboral. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental ( STC 38/1981, de 23 de noviembre ), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ( STC 38/1986, de 21 de marzo ), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, y 85/1995, de 6 de junio). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada 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 114/1989, de 22 de junio )-, 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 proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador ( SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 136/1996, de 23 de julio, por ejemplo).

La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental ( SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, 136/1996, de 23 de julio ). En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de represalia empresarial. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios ( SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 29/2002, de 11 de febrero, por todas).

Por consiguiente, ambos preceptos legales instauran una especie de inversión de la carga probatoria, de modo que, una vez puesta de manifiesto la existencia de un indicio fundado de discriminación, corresponde a la parte demandada acreditar que su proceder vino motivado por razones justificadas y ajenas a toda finalidad discriminatoria.

**QUINTO.-** En el presente caso no se discute que la categoría profesional del demandante era la de Subencargado. La empresa insiste en que entre sus funciones también hay algunas de corte físico y que por tanto su despido estaría justificado por ineptitud sobrevenida ( artículo 52 a) ET ) a la vista de los dos reconocimientos médicos.

El Convenio colectivo de productos cocinados para venta a domicilio regula en su artículo 32 los grupos profesionales y en el Grupo I se encuadra el Subencargado de establecimiento. Se define el Grupo I para el Área de producción y tiendas como la del "Personal que desarrolla la jefatura organizativa en las tiendas, almacenes,



obradores y similares conociendo todas las labores que se ejecutan en los mismos. Coordinan y dirigen las actividades del personal a su cargo, dando a éstos las pertinentes ordenes de actuación y formación". Y se definen las funciones del Subencargado diciendo: "Sus funciones serán las de ayudar, en su más amplio sentido, al encargado de establecimiento, responsabilizándose ante él de todos sus actos, de la calidad de los productos y encargándose especialmente de la óptima operatividad del centro.

Será el máximo responsable del centro ante las ausencias del encargado, asumiendo, por tanto, todas sus funciones y obligaciones, las cuales se estipulan en la definición de su categoría. En caso de que se encuentre vacante la figura del encargado de centro y en el supuesto de que el subencargado asuma íntegramente las funciones y responsabilidades de aquél, percibirá, durante el período de duración de dicha vacante, el salario establecido en el Convenio para el citado encargado de establecimiento".

Y por último, las funciones del Encargado son: "Dirigirá todo el funcionamiento del establecimiento en su más amplio sentido y a todos los niveles.

Deberá atender al cliente, resolviendo las quejas que le sean planteadas referentes al servicio o al personal de su competencia, manteniendo informada en todo momento a la dirección de la empresa, desarrollando una labor de relaciones humanas y sociales con sus subordinados.

Es el responsable directo del personal a sus órdenes y deberá efectuar el plan de trabajo de todas las personas que integran la plantilla, controlando su asistencia y horarios de trabajo.

Está facultado para exigir a los trabajadores a sus órdenes la máxima disciplina.

Cuidará de la presentación y decoro del personal, manteniéndolos correctamente uniformado y exigiendo la limpieza y pulcritud necesarias.

Entre sus funciones se encuentra la gestión del almacén de producción, comercial, reparto y la administración.

Dentro de las labores de administración, se encargará y responsabilizará personalmente, de los cuadros económicos y dinerarios del centro de trabajo. Así, caso de producirse cualquier tipo de desviación contable, deberá justificarla documentalmente.

Igualmente deberá cumplir siempre aquellas normas operativas que emanen de sus superiores jerárquicos en la empresa. En atención a sus conocimientos generales de funcionamiento del establecimiento, dominará la técnica de la utilización del teléfono junto con la atención al cliente, así como la elaboración de "pizzas" u otros alimentos precocinados para aquellos casos puntuales en los que sea necesaria su colaboración al respecto".

Por lo tanto las funciones esenciales del Subencargado son las de ayudar al Encargado en sus funciones de supervisar, organizar y coordinar el centro, labores que son de corte intelectual, sin aporte físico. Sólo "para aquellos casos puntuales en los que sea necesaria su colaboración", puede ser necesario que elabore pizzas. Pero no forma parte del contenido esencial de su profesión.

Consta probado que el actor fue declarado apto con restricciones laborales y más tarde no apto por los servicios médicos de la empresa. Y se le recomendaba la no realización de tareas de estirado de la masa y de manejo de la pala del horno, que como hemos visto no forma parte del contenido esencial de sus funciones. Por lo tanto en principio su dolencia consistente en epicondilitis del codo derecho no sería incompatible con las tareas propias de su categoría profesional. Y a la luz de la documental obrante en autos y del informe médico de 19 de enero de 2018 consta que al actor se le estaban asignando funciones de corte físico que no eran propias de su categoría profesional. De tal forma que su dolencia no sería impedimento para el desarrollo de su profesión habitual de subencargado por lo que la extinción de su contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida ( artículo 52 a) del ET ) no estaría justificada.

Sobre la nulidad del despido por causa de ineptitud sobrevenida Final del formularioPrincipio del formularioFinal del formularioes conocida la evolución jurisprudencial de nuestros tribunales en estos supuestos considerando (en la línea interpretativa fijada por el TJUE) que el concepto de enfermedad puede llegar a equipararse al de discapacidad (supuesto específico objeto de protección) en el caso de que la misma conlleve una limitación que, además, sea de larga duración.

Y así, hemos dicho en sentencia de esta Sala de 21 de noviembre de 2017 (recurso 2152/2017 ): "A pesar de que en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) preveía como nulo el despido ilegal del trabajador con contrato suspendido (artículo 55, número 6) y por tanto, se reputaba como nulo el del trabajador en situación de incapacidad temporal que era despedido de forma ilegal, por ser esa situación determinante de suspensión de contrato ( artículo 45, número 1, letra c ) lo cierto es que, tras la reforma producida de tal precepto producida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, modificó el mismo (artículo 5, número 13 de la misma) en redacción que se mantiene hasta la fecha y esa redacción



es considerada por la jurisprudencia como generadora de que el despido ilegal en estos casos deba ser considerado como improcedente como principio general y sólo nulo por excepción a tal principio, fijándose entre estas excepciones, muy caracterizadamente, el caso en que la causa del despido haya sido precisamente la condición estigmatizante de la enfermedad que produce la baja laboral.

En tal sentido, se pueden citar un repertorio amplio de sentencias de la Sala Cuarta que así lo fijan, siendo algunas de ellas las citadas por la empresa impugnante de este recurso. Así, podemos citar entre las más recientes la de 3 de mayo de 2016 (recurso 3348/2015) y ello, aunque el origen de la baja laboral sea un accidente de trabajo (caso de la sentencia de 12 de julio de 2012, recurso 2789/2011) y también incluso en el caso de que se tratase de casos en que la enfermedad determinante de la baja fuese de larga duración, considerando que la enfermedad y la discapacidad son dos caminos independientes y separados (por ejemplo, sentencia de 11 de diciembre de 2007, recurso 4355/2006). La doctrina general sobre esta materia recibió el importante aval de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (especialmente significativa es su sentencia 62/2008, de 26 de mayo).

Ahora bien, tal doctrina ha de entenderse en parte cuando menos matizada por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en fechas recientes y en el siempre conflictivo mundo de la discapacidad y la enfermedad, considera que no son dos institutos independientes, dos caminos que jamás se juntan, sino que, en un punto dado, ambos institutos pueden cruzarse: cuando la enfermedad genera cualquier tipo de limitación en el trabajo de carácter duradero o a largo plazo.

En estos casos, esa enfermedad permite generar el despliegue de la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad que otorga el artículo 1 de la Directiva europea 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, máxima si consideramos la condición dinámica y transversal que tiene el concepto de discapacidad tal y como se regula en el artículo 1, párrafo segundo de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Tal Tratado forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y ello por el juego conjunto del artículo 96, número 1 de la Constitución y 10 punto 2 (es un tratado de derechos humanos), al publicarse el instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008.

Su plena aplicabilidad y vigencia, por ende, y en el ámbito de la legislación ordinaria, resultan de lo dispuesto en los artículos 28 y siguientes (especialmente, caso de conflicto, su artículo 31) de la Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre).

Nuestro Tribunal de Justicia de la Unión Europea también reconoce tal Convención como norma del acervo comunitario (fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 27 de enero de 2010). Entre las más recientes, así lo dice en su sentencia de 1 de marzo de 2017 (asunto C-406/15, caso Milkova).

Pues bien, las sentencias más trascendentes del Tribunal europeo en esta materia que tratamos son, entre las recientes, las sentencias **Daouidi**, Kaltoft y HK Danmark o Ring (sentencias de fechas 1 de diciembre de 2016, 18 de diciembre de 2014 y asuntos C-395/15, C-354/13 y acumulados Ring y Skoube Werge C-335/11 y 337/11).

Todas ellas no dudan en considerar que se ha de otorgar la protección antidiscriminatoria prevista para la discapacidad en el artículo 1 de aquella Directiva 2000/78 si el trabajador enfermo presenta limitaciones para el trabajo que sean definitivas o a largo plazo o duración incierta, indicando la más moderna de las citadas varios indicios para llegar a tal conclusión.

Por otra parte, también se ha de recordar que el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 264/1994, de 3 de octubre, no duda en considerar que la discapacidad es una de las causas de discriminación proscritas en el ordenamiento jurídico y por tanto, incluida dentro de las circunstancias personales o sociales con que termina el artículo 14 de la Constitución cuando fija el derecho fundamental a la igualdad de trato ante la ley y a no ser discriminado por ese tipo de circunstancias. En similar sentido, su posterior sentencia 10/2014, de 27 de enero.

En este caso existen indicios bastantes de que el despido del trabajador se ha debido a su enfermedad que ha ocasionado las bajas laborales reseñadas en el hecho probado quinto de la sentencia recurrida. Y así consta probado, como ya hemos dicho, que su dolencia de epicondilitis derecha es permanente y sin visos de curación, que el trabajador ha tenido varios períodos de baja, y si bien la última baja duró hasta el 10 de agosto de 2017 y el despido tuvo lugar el 31 de enero de 2018, el 19 de enero de 2018 se había emitido el informe médico que señalaba que el trabajador no era apto para su puesto de trabajo, siendo que, como ya hemos indicado, su dolencia física no le impedía el desarrollo esencial del mismo. Dicho panorama indiciario no ha sido enervado por la empresa, quien no ha ofrecido motivo alguno de despido distinto. Tampoco ha argumentado, en su caso,



las posibles medida de ajuste que ha intentado llevar a cabo para adaptar el puesto de trabajo del actor a su situación física ( STS 22 de febrero de 2018 (recurso 160/2016 ).

En definitiva, creemos a la vista de lo expuesto que la empresa no ha desvirtuado los indicios sólidos aportados por el trabajador de que su despido obedece a móviles discriminatorios, debiendo confirmarse el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

**SEXTO.-** . La desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa supone la imposición a la misma de las costas causadas ( artículo 235 LRJS ) incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

## FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por TELE PIZZA SAU frente a la Sentencia de 4 de junio de 2018 del Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián en autos nº 179/2018 a instancia de D. Leonardo , confirmando la sentencia de instancia.

Procede la imposición de las costas causadas incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros** .

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2021/18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-2021/18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al



anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ