

DESPIDO IMPROCEDENTE Y NO NULO: despido de trabajador en situación de incapacidad temporal por latigazo cervical, sin que pueda apreciarse discriminación por discapacidad.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 441/2019

Ponente: Ilmo. Sr. D. Félix Barriuso Algar

SENTENCIA

Ilmos. /as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 1 de julio de 2019.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 441/2019, interpuesto por D. Doroteo, frente a la Sentencia 113/2019, de 18 de marzo, del Juzgado de lo Social N.º. 3 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Despido 645/2018, sobre impugnación de despido. Habiendo sido ponente el Magistrado D. FÉLIX BARRIUSO ALGAR, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por parte de D. Doroteo se presentó el día 30 de julio de 2018 demanda frente a "The Mint Company Canarias, Sociedad Limitada" y el Fondo de Garantía Salarial en la cual alegaba que prestaba servicios para la demandada en virtud de un contrato temporal, desde diciembre de 2017, que consideraba suscrito en fraude de ley, y que el 3 de julio de 2018 la demandada había procedido a su despido, alegando

el actor que las causas de la carta de despido eran completamente genéricas y que la verdadera causa del despido era la situación de incapacidad temporal en la que el demandante se encontraba desde el 22 de mayo de 2018. Terminaba solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase nulo o subsidiariamente improcedente el despido.

SEGUNDO. - Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 3 de Santa Cruz de Tenerife, autos 645/2018, en fecha 20 de febrero de 2019 se celebró juicio en el cual la parte demandada se opuso a la demanda reconociendo que el despido era improcedente y optando por la indemnización, pero negando la existencia de discriminación por discapacidad y que el despido fuera nulo.

TERCERO. - Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 18 de marzo de 2019 sentencia con el siguiente Fallo: "Debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por don Doroteo frente a THE MINT COMPANY CANARIAS SL, y, en consecuencia:

PRIMERO: Declaro improcedente el despido de don Doroteo llevado a cabo por THE MINT COMPANY CANARIAS SL., con efectos del día 3/7/2018.

SEGUNDO. - Condeno a THE MINT COMPANY CANARIAS SL., a abonar al actor en concepto de indemnización el importe de 545,79 euros.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad legal del FOGASA".

CUARTO. - Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"PRIMERO. - Don Doroteo prestó servicios para THE MINT COMPANY CANARIAS SL., desde el 18/12/2017 al 3/7/2018, con la categoría profesional de ayudante de dependiente, a tiempo parcial 25 horas a la semana hasta el 3 de abril de 2018 que se amplió a 35 horas, se fijó un salario bruto mensual de 895,12 euros por la ampliación de jornada. (folio 9 parte demandada). En el contrato se fijaba como CC de aplicación, el del comercio textil, calzado y piel de la provincia de Santa Cruz de Tenerife. -folio 2 parte demandada. -

SEGUNDO. - El actor no ostenta o ha ostentado en el año anterior la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

TERCERO. - La parte actora presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC en fecha 27/7/2018 por despido y cantidad, teniendo lugar sin avenencia, el 4/10/2018.

CUARTO. - El actor entró en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes en fecha 22 de mayo de 2018, con tipo de proceso corto de duración estimada de 13 días. -documento 5 parte demandada. - En el parte de confirmación de 29 de mayo

de 2018 se fijaba una duración de 22 días y fecha de siguiente revisión 12 de junio de 2018. - mismo bloque documental. - En el parte de 12 de junio de 2018 se fijaba fecha de próxima revisión el 28 de junio de 2018 y duración estimada de 36 días. -folio 35.- En el parte de 26 de junio de 2018 la duración estimada era de 64 días y fecha de siguiente revisión de 24 de julio de 2018. -folio 36.-

Recibió 20 sesiones de rehabilitación del 22 de mayo al 26 de junio de 2018, por latigazo cervical sufrido en accidente de tráfico el 16 de mayo de 2018. folio 44 parte actora. -

QUINTO. - Se le notificó en fecha 3 de julio de 2018 por burofax su despido, con fecha de baja en la Seguridad Social del mismo 3 de julio. -documento 3 parte demandada y vida laboral-.

SEXTO. - El actor percibió:

752,33 euros brutos en el mes de enero de 2018.

785,82 euros brutos en el mes de febrero de 2018.

770,42 euros brutos en el mes de marzo de 2018.

949,39 euros brutos en el mes de abril de 2018.

88,66 euros brutos por parte proporcional de vacaciones en finiquito. -folios 31 y 32 parte demandada. -

141,02 euros por salario de 3 días del mes de julio de 2018. -folio 37 parte actora. - nóminas aportadas. -

SÉPTIMO. - La encargada de la tienda dónde prestaba servicios don Doroteo, era doña María Rosario, ésta percibió los partes de baja que le entregaba directamente Doroteo, y conocía que había tenido un choque con el coche. Don Doroteo tenía una valoración laboral positiva. -testifical de doña María Rosario. -".

QUINTO. - Por parte de D. Doroteo se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por "The Mint Company Canarias, Sociedad Limitada".

SEXTO. - Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 17 de mayo de 2019, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 27 de junio de 2019.

SÉPTIMO. - En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al no haberse planteado motivos de revisión fáctica.

SEGUNDO. - El actor es ayudante de dependiente, y en la demanda rectora de los autos alegaba que estaba contratado por la empresa demandada desde el 18 de diciembre de 2017 con contrato eventual que el demandante consideraba suscrito en fraude de ley; el 22 de mayo de 2018 inició un proceso de incapacidad temporal y el 3 de julio de 2018 la empresa lo despidió por disminución del rendimiento, planteando el actor que el despido era nulo por discapacidad. La sentencia de instancia declara solamente improcedente el despido atendiendo a que la causa de la incapacidad temporal era un latigazo cervical derivado de accidente de tráfico cuya duración se preveía corta. Disconforme con esta sentencia la recurre en suplicación la parte actora pretendiendo que sea anulada para el dictado de otra nueva, para lo cual deduce un motivo de nulidad de actuaciones del artículo 193.a de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y subsidiariamente, que se revoque para que en su lugar la Sala dicte otra que estime en su totalidad la demanda, para lo cual plantea un único motivo de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, del 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El recurso ha sido impugnado por la parte demandada, la cual se opone al mismo, pide que se desestime, y se confirme la sentencia de instancia.

TERCERO.- La nulidad la postula el actor invocando (aparentemente) que se han infringido los artículos 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues considera que la sentencia de instancia no contiene hechos probados suficientes para resolver sobre si el contrato eventual incurrió o no en fraude de ley, como se alegaba en la demanda rectora de los autos, pronunciamiento que considera trascendente para el caso de que se declarase finalmente nulo el despido o si la empresa hubiera optado por la readmisión, pues tendría que haber un pronunciamiento sobre si la relación laboral subsistía o no una vez finalizado el plazo pactado en el contrato de trabajo.

CUARTO. - La causa de nulidad de la sentencia que postula el actor, como señala la empresa recurrida, bien podría haberla intentado remediar el mismo proponiendo revisiones de hechos probados por el cauce del artículo 193.b, por ejemplo, postulando, con base al contrato de trabajo, que en el hecho probado 1º se especificara la modalidad contractual, la causa de temporalidad consignada en el contrato, y la duración pactada en el contrato. Por otro lado, la anulación de la sentencia por insuficiencia de hechos probados solo puede acordarla la Sala cuando tal defecto le impida resolver sobre las cuestiones jurídicas deducidas en el recurso, o sobre el fondo del asunto para el supuesto de que el recurso fuera estimado. Ni una ni otra cosa concurre en el presente caso. Primero porque, aparte de no haberse planteado ninguna censura jurídica respecto a la temporalidad del contrato, sujetándose estrictamente al relato de hechos probados no habría nada que permita inferir que la relación laboral tenía una duración limitada en el tiempo pactada en el propio contrato y que tal relación laboral, incluso sin el despido, se hubiera extinguido en una determinada fecha; y ante esta ausencia, de declararse nulo el despido no se podrían limitar los salarios de tramitación hasta otra fecha que no sea la de la efectiva readmisión. En segundo lugar, la extinción del contrato de trabajo que se impugnaba en el presente caso no era una finalización del contrato temporal, en cuyo caso resultaba inexcusable, por ser determinante del sentido del Fallo, pronunciarse sobre si el contrato temporal era o no lícito, sino que se extinguió por un despido formalmente disciplinario y, lo más relevante, la empresa demandada no postuló en juicio la aplicación de la doctrina de la extinción "ante tempus" del contrato temporal lícito, pese a que a la fecha de celebración de juicio ya había transcurrido más de un año desde la suscripción del contrato eventual (el plazo máximo para este tipo de contratos previsto en el artículo 6.2.1 del convenio colectivo provincial de comercio textil de Santa Cruz de Tenerife en relación con el 15.b del Estatuto de los Trabajadores. Y si la demandada no postuló en juicio que el contrato de trabajo en todo caso se habría extinguido en una fecha posterior al despido, mal podía la juzgadora de instancia, y desde luego mal podría la Sala, limitar los efectos del despido hasta el 17 de diciembre de 2018 o la fecha que fuere. La ausencia de pronunciamiento fáctico que alega el trabajador recurrente, por lo expuesto, no se puede considerar trascendente, y desde luego no le ha sido desfavorable, lo que aboca a rechazar la nulidad planteada.

QUINTO. - En el motivo de censura jurídica el demandante denuncia infracción del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 14 de la Constitución Española, alegando que de los hechos probados resulta que el contrato de trabajo del actor era indefinido y no existe causa real disciplinaria para la extinción de su contrato de trabajo, sino que tal extinción coincide temporalmente con su período de

incapacidad temporal y fue reconocida como improcedente por la empresa. Considera el actor que el cese producido en estas circunstancias debe considerarse discriminatorio por poder considerarse que la enfermedad del demandante integraba una discapacidad, afirmando el actor que el proceso de incapacidad temporal se preveía largo por mediar una rehabilitación de 20 sesiones y ser por una patología, la de latigazo cervical, proclive a las complicaciones, por lo cual considera que debió invertirse la carga de la prueba y que la demandada probara que las causas del despido no guardaban relación alguna con la situación de incapacidad temporal del demandante, debiéndose declarar nulo el despido al no estar acreditada tal causa real del despido.

SEXTO. - Como señala la recurrida, el criterio que sigue manteniendo en la actualidad la Sala IV del Tribunal Supremo, en sentencias entre otras como la de 15 de marzo de 2018, recurso 2766/2016, que se cita en la impugnación, es que el mero hecho de que el despido se produzca estando el trabajador en situación de incapacidad temporal no hace que el despido sea nulo por vulnerar los artículos 14 o 15 de la Constitución. La nulidad en estas situaciones puede producirse cuando resulta que la enfermedad se ha empleado como elemento estigmatizador con total independencia de si afecta o no a la capacidad de trabajo (sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo); cuando se constate que la empresa apercibió de despido si el trabajador no abandonaba el tratamiento médico prescrito (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011, recurso 1532/2010); o bien, el supuesto que más se postula en los últimos años, cuando la enfermedad pueda calificarse de discapacidad. Ni la primera ni la segunda situación han sido alegadas o constan en los hechos probados, sino que lo que defiende el actor es que al momento del despido la patología determinante de la incapacidad temporal era calificable de discapacidad.

SÉPTIMO.- El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define en su artículo 2.a) la discapacidad como "una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", y coherentemente con esta definición, en su artículo 4.1 señala que son "personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en

igualdad de condiciones con los demás". Definición legal de discapacidad que se ajusta a la que sigue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que considera discapacidad "una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional", siempre que tales limitaciones sean de carácter "duradero" (sentencias de 11 de julio de 2006 (Gran Sala), asunto C-13/05 ; 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11; 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, entre otras).

OCTAVO.- La nota del carácter "duradero" que deben reunir las limitaciones para poder ser conceptuadas como discapacidad se desarrolla en especial en la sentencia de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, que señala que el mismo debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (es decir, si a la fecha del acto presuntamente discriminatorio las limitaciones ya se podían considerar de larga duración o era razonablemente previsible su permanencia en el tiempo), y que, aunque comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter "duradero" es, ante todo, de carácter fáctico, "Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es "duradera" figuran, en particular, el 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".

NOVENO.- En el presente caso solo consta que, a la fecha del despido, el actor estaba de baja por incapacidad temporal desde el 22 de mayo de 2018, en un proceso que inicialmente se previó como de corta duración, y que en el parte de confirmación de 26 de junio de 2018, el último que pudo recibir la empresa antes del despido, se indicaba como duración total la de 64 días (hecho probado 4º; realmente, la "duración prevista" era siempre el tiempo transcurrido entre el inicio de la incapacidad temporal y la fecha de la siguiente revisión prevista). El diagnóstico era el de "latigazo cervical". Teniendo en consideración la duración prevista de la incapacidad temporal, el tipo de patología (la afirmación de la parte actora sobre que el latigazo cervical suele dejar secuelas importantes no cuenta con apoyo suficiente en hechos probados ni tampoco en la literatura médica; es más, el artículo 135 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor contempla las limitaciones derivadas de estas patologías con cierto escepticismo), y la actividad laboral del demandante (en la actividad de dependiente de comercio los requerimientos de carga biomecánica de cuello y hombro son solo moderados), difícilmente puede considerarse que se trate de una patología que fuera a determinar

limitaciones duraderas para el trabajo en términos tales que permita considerar que el mismo estaba, a la fecha del despido, en situación de "discapacidad".

DÉCIMO.- El mero hecho de que el demandante se presuma incapacitado totalmente para desempeñar su trabajo durante la situación de incapacidad temporal no significa que, automáticamente, se haya de considerar "discapacitado"; para esto último es preciso que concurran circunstancias de las que se deduzca que la limitación para el normal desempeño del trabajo va a ser duradera, incluso más allá de la duración del proceso de incapacidad temporal (es decir, que sean previsibles secuelas que incidan negativamente sobre el trabajo y obliguen a una adaptación razonable del mismo), y esto, como se ha expuesto, no se puede considerar probado ni a la vista de la duración de la incapacidad temporal, ni a la vista de la patología motivadora de la misma, ni a la vista del trabajo que desempeñaba el demandante.

UNDÉCIMO. - En consecuencia, el demandante no se puede entender que, al momento del despido, padeciera una discapacidad. Sin estar probada tal discapacidad, no puede operar la regla de la carga de la prueba del artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pues si bien es cierto que para que opere tal precepto no es necesario que la situación de discapacidad que afecta al trabajador sea cabalmente conocida por la empresa al momento del despido, como ha señalado esta Sala de Santa Cruz de Tenerife en sentencia de 21 de mayo de 2019, recurso 341/2019, sí que tiene en todo caso que acreditar la parte actora que tenía una discapacidad, pues sin esto no puede hablarse de indicio razonable de discriminación que obligue a la empresa a probar que el despido no guardaba relación con ningún móvil discriminatorio, ya que el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no opera por la mera alegación de la parte actora de existir un móvil discriminatorio. Esto determina que no pueda apreciarse que la sentencia de instancia, al declarar el despido meramente improcedente, haya incurrido en las infracciones jurídicas que se denuncian en el recurso, el cual, en consecuencia, ha de ser desestimado.

DUODÉCIMO. - Gozando la parte vencida de beneficio de justicia gratuita por disposición legal al ser trabajador o beneficiario de seguridad social (artículo 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede la imposición de costas.

FALLAMOS

Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por D. Doroteo, frente a la Sentencia 113/2019, de 18 de marzo, del Juzgado de lo Social nº. 3 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Despido 645/2018, sobre impugnación de despido, la cual se confirma en todos sus extremos. Sin expresa imposición de costas de suplicación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social N.º 3 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

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

Se informa a las partes que 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 beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0441 19, 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.

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