



Roj: **STS 2358/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2358**

Id Cendoj: **28079140012022100460**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2022**

Nº de Recurso: **109/2020**

Nº de Resolución: **492/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 492/2022**

Fecha de sentencia: 31/05/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 109/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

Transcrito por: rhz

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 109/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 492/2022**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 31 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Manuel representado y asistido por la letrada D.<sup>a</sup> Sara Ceballos Padrón contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en recurso de suplicación nº



399/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, en autos nº 229/2018, seguidos a instancias de D. Manuel contra la empresa Hoteles Costa Mar, S.A., y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre despido.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la entidad Hoteles Costa Mar, S.A. representada y asistida por la letrada D<sup>a</sup>. Ángela Salvador Rubio.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de febrero de 2019, el Juzgado de lo Social nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por DON Manuel frente a la empresa HOTELES COSTA MAR, SA, debo declarar nulo el despido del trabajador con efectos del 20/02/2018, condenando a la empresa demandada a que readmita al demandante en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones en que lo venía desempeñando, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de alta de la incapacidad temporal y hasta la efectiva readmisión, a razón de 47,18 euros/día. Con responsabilidad subsidiaria del FOGASA en los términos expuestos."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** DON Manuel, ha venido prestando servicios para la empresa HOTELES COSTA MAR, SA, en el Hotel San Blas, a jornada completa, con la categoría profesional de Ayudante de camarero, conforme a los siguientes contratos de trabajo:

\* De 03/05/2013 contrato con empresa de trabajo temporal Emplea Selección ETT, SL, por obra o servicio determinado, con objeto "la llegada de clientes", finalizando el 24/07/2013.

\* De 25/07/2013, contrato temporal eventual, con objeto "eventual por circunstancias de la producción", finalizado el 24/07/2013.

\* De 25/11/2014, contrato temporal por obra o servicio determinado con objeto "por contratación de grupos se precisa personal para servir recoger mesas y conocer comandas", que finalizó el 25/01/2015.

\* De 01/02/2015 hasta el 19/04/2015, mediante contrato temporal para obra o servicio determinados, con igual objeto que el anterior.

\* De 30/04/2015 hasta el 03/05/2015, contrato de trabajo para obra o servicio determinado con objeto "obra o servicio determinado".

\* Desde el 01/07/2017, mediante contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción, no constandingo determinación de la causa; prorrogado hasta el 30/06/2018

(hecho acreditado por la vida laboral y contratos aportados por ambas partes)

**SEGUNDO.-** El actor venía percibiendo un salario mensual prorrateado de 1.435,18 euros, según la media de los últimos siete meses anteriores al despido, (hecho que resulta de las nóminas aportadas por la parte demandada obrantes a los folios 50 a 57 de autos).

**TERCERO.-** El 02/02/2018 inicia situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, por trastorno depresivo, situación en la que continúa en la actualidad.

En el parte de confirmación nº 1 de fecha 09/02/2018, entregado a la empresa, se indica una duración estimada de la baja de 51 días, con fecha de la siguiente revisión médica el 09/03/2018. (folios 61 y 62 de autos)

**CUARTO.-** En fecha 22 de febrero de 2018 la demandante entrega al trabajador comunicación de despido de fecha 20/02/2018, del siguiente tenor: "*Mediante el presente escrito procedemos a comunicarle la decisión de esta empresa de proceder a su despido, con efectividad el día de hoy, dando de éste modo por extinguido a todos los efectos su contrato laboral con esta empresa, de conformidad con lo dispuesto en esta materia en los artículos 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores.*

*La razón principal que justifica la presente decisión es que su trabajo no se ha correspondido con las expectativas que esta empresa tenía depositadas y con los objetivos acordados entre Vd. y la empresa.*

*Entre los motivos, el más importante para nosotros es la pérdida de motivación por su parte, lo que inevitablemente arrastra una falta de interés en la buena marcha del departamento.*



*Por consiguiente se ha producido una pérdida de la confianza, siendo esta el principio básico al que debe acomodarse el contenido del contrato de trabajo, por lo que ante esta situación no es posible continuar con la relación laboral entre ambas partes, así que tomamos la decisión de proceder de la forma expuesta.*

*Por último, le comunicamos que ponemos a tu disposición la liquidación de su contrato de trabajo devengada hasta el día de hoy"*

(carta de despido aportada por ambas partes).

**QUINTO.-** En documento de saldo y finiquito, firmado por el trabajador "no conforme", se indica los conceptos de "paga extra verano" cantidad 610,69 euros; "paga extra Navidad" cantidad 132,76 euros; y, "vacaciones" cantidad 679,18 euros; sumando un bruto de 1.422,63 euros, liquido de 1.350,71 euros. Así como orden de transferencia a favor del trabajador por la cantidad de 3.681,56 euros, (folios 59 y 60 de autos).

**SEXTO.-** El actor presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC el día 15 de marzo de 2018, celebrándose la comparecencia sin avenencia el día 9 de mayo de 2018. En el acto la empresa demandada reconoció la improcedencia del despido ofreciendo al trabajador la cantidad de 1.500 euros en concepto de indemnización, que no fue aceptado por mantener como pretensión principal la declaración de nulidad del despido, entendiéndose de forma subsidiaria, que la indemnización sería de 8.043,31 euros, (folio 21 de autos)."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la empresa Hoteles Costa Mar, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó sentencia en fecha 18 de septiembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. HOTELES COSTA MAR S.A., contra Sentencia 000081/2019 de 26 de febrero de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 6 de Santa Cruz de Tenerife en los autos de 0000229/2018-00, sobre Despido, con revocación de la misma y se declara improcedente el despido de don Manuel de fecha 22 de febrero de 2018, con condena a HOTELES COSTA MAR S.A., al abono del importe de 5,5 euros como resto de indemnización por despido improcedente. Se acuerda la devolución a la parte recurrente del depósito, una vez firme la presente resolución."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la representación letrada de D. Manuel interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 22 de junio de 1994, rec. suplicación 5728/1993.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado.

Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2022, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Es objeto del presente recurso, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de septiembre de 2019 (R. 399/2019) que estima el recurso frente a la sentencia de instancia que había declarado nulo el despido del actor, y revocándola declara el despido improcedente.

Consta que el actor, ayudante de camarero de un hotel pasa a situación de incapacidad temporal y entregando el primer parte de confirmación de la baja la semana, es despedido en menos de un mes, alegándose una supuesta falta de confianza en el mismo, indicándose que se trata de un despido objetivo. En el parte de confirmación se preveía una duración de tal baja de cincuenta y un días.

2.- En el acto de juicio, la empresa asumió que el despido era improcedente y el Juzgado entendió que, en realidad, era nulo, como afirmaba la parte recurrente, viniendo motivado el despido por aquella baja sin clara recuperación de futuro. Tras estimar la reforma fáctica pretendida por la empresa recurrente en su recurso de suplicación, la Sala estima también el motivo de derecho y entiende que en la sentencia recurrida se hace indebida aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera nulo por discriminatorio el despido del trabajador enfermo de larga duración, al entender que tal caso es equiparable funcionalmente a la discapacidad, encubriéndose así un despido discriminatorio por razón de discapacidad y por tanto nulo. Mas entiende que éste no es el caso, pues considera que no hay atisbo de que la empresa despidiera al trabajador por considerar que ya no va a poder volver a hacer su trabajo, sino por razón de la simple baja que, además, no es de larga duración. Aplica la doctrina jurisprudencial que considera como principio general la improcedencia en casos como el presente.



**SEGUNDO.-** 1.- Recurre la parte actora en casación unificadora y plantea como motivo de contradicción que debe considerarse nulo por discriminatorio el despido del trabajador enfermo de larga duración.

Aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid el 22 de junio de 1994 (Rec. 5728/1993) que estima el recurso de suplicación y declara nulo el despido del actor que fue despedido el día anterior a su baja y dos días antes de ser operado del oído derecho. El año anterior había sido operado del oído izquierdo permaneciendo de baja durante más de tres meses.

La parte recurrente se limita a manifestar que existe identidad entre los hechos que dan lugar a los distintos pronunciamientos, pero sin realizar el preceptivo análisis comparativo, por lo que se aprecia una falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada.

De acuerdo con el artículo 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219. Este requisito exige una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas. Así lo ha venido exigiendo esta Sala en multitud de sentencias, entre las más recientes, de 18/02/2013 (R. 1078/2012), 13/03/2013 (R. 4346/2011), 15/04/2013 (R. 772/2012), 16/04/2013 (R. 1331/2012), 16/04/2013 (R. 2203/2011), 23/04/2013 (R. 622/2012), 13/05/2013 (R. 4432/2010), 25/06/2013 (R. 2408/2012), 16/10/2013 (R. 2736/2012), 25/11/2013 (R. 2797/2012), 21/01/2014 (R. 1045/2013), 24/06/2014 (R. 1200/13) y 18/12/2014 (R.2810/2012).

La finalidad y fundamento de esta exigencia de análisis pormenorizado o relación precisa o circunstanciada de la contradicción alegada es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que ésta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos. El análisis o argumento de contradicción ha de consistir, no ya y no sólo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal, sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento. La comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada. El análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito. Así lo ha venido entendiendo esta Sala, entre otras, por citar las más recientes, en SSTs de 24/09/2012 (R. 3643/2011), 25/11/2013 (R. 2797/2012), 24/02/2014 (R. 732/2013).

De otra parte, según el artículo 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para interponer el recurso, siendo criterio doctrinal en tal sentido que el incumplimiento de la exigencia prevista en el art. 224.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social constituye un defecto insubsanable [ SSTs, entre otras, de 28/06/06 (R. 793/2005), 21/07/2009 (R. 1926/2008), 16/09/2013 (R. 1636/2012)].

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [ sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (R. 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (R. 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (R. 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (R. 2734/2015)].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [ sentencias de 8 de febrero de 2017 (R. 614/2015), 6 de abril de 2017 (R. 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (R. 1201/2015)].



3.- Además, no cabe apreciar, la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas al existir relevantes diferencias en las circunstancias concurrentes. En la sentencia recurrida se indica una duración estimada de la baja de 51 días. En la referencial, el actor había estado de baja durante más de 3 meses el año anterior por una operación del oído izquierdo, y fue despedido el día anterior a su baja y dos días antes de ser operado del oído derecho de la misma patología que del oído izquierdo.

En igual sentido resolvió esta Sala, entre otras, en la STS/IV de 22/05/2020 (rcud. 2684/2017), en la que reiterando doctrina se señalaba que:

<< El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a 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". Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración".

A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo ha hecho en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016, Daouidi, C- 395/15; 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15; 18 enero 2018, Ruiz Conejero, C-270/16; y 11 septiembre 2019, DW, C-397/18.

3. Esta Sala IV del Tribunal Supremo asumió la doctrina de la STJUE "Ring" en la STS/4ª de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) y ha acudido a la que se desarrolla en la STJUE Daouidi en ocasiones posteriores ( STS/4ª de 22 febrero 2018 -rcud. 160/2016-, 15 marzo 2018 -rcud. 2766/2016- y 29 marzo 2019 -rcud. 1784/2017-).

4. Pues bien, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante. Y llegados a este punto los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación 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", por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.

No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita.

5. Por todo ello, debemos rechazar la pretensión de la parte recurrente ya que la sentencia recurrida se atiene a la doctrina plasmada en la sentencia referencial, pues, la situación del demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica, de suerte que la decisión judicial impugnada mantiene su adecuación a derecho.>>

4.- El recurso es impugnado por la mercantil demandada que interesa su desestimación y confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando su desestimación por incumplimiento del requisito de relación precisa y circunstanciada de la contradicción, e inexistencia de la misma.

**TERCERO.-** Concurriendo causa de inadmisión, en este momento procesal ello determina la desestimación del recurso, sin que quepa imposición de costas dado el tenor del art. 235.1 LRJS, en relación con el art. 2.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D<sup>a</sup>. Sara Ceballos Padrón en nombre y representación de D. Manuel , contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede Santa Cruz de Tenerife- en el recurso de suplicación 399/2019, seguido frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de los de Santa Cruz de Tenerife de 26 de febrero de 2019, dictada en los autos 229/2018 incoados a instancia del aquí recurrente frente a la empresa Hoteles Costa Mar S.A. y en la que ha sido parte el Fondo de Garantía Salarial.

2.- Se declara la firmeza de la sentencia recurrida.

3.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ