



Roj: **STSJ GAL 4371/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:4371**

Id Cendoj: **15030340012016102950**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2016**

Nº de Recurso: **799/2016**

Nº de Resolución: **3180/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 27028 44 4 2015 0001891

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000799 /2016 -MJC

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000619 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S CLECE,S.A.

ABOGADO/A: DOÑA MONICA VALIÑO SUAREZ

RECURRIDO/S D/ña: Constanza

GRADUADO/A SOCIAL: ANGEL REGUEIRA RACAMONDE

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SR^a D^a M^a TERESA CONDE PUMPIDO TOURÓN

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veintisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

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 NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION **799/2016**, formalizado por la letrada D^a Mònica Valiño Suárez, en nombre y representación de la empresa CLECE,S.A., contra la sentencia número 519/2015 dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 2 de LUGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 619/2015, seguidos a instancia de D^a Constanza frente a la empresa CLECE,S.A., siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. CARLOS VILLARINO MOURE.



De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Constanza presentó demanda contra la empresa CLECE,S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 519/2015, de fecha dieciséis de Diciembre de dos mil quince

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- D^{ña}. Constanza , mayor de

edad y con DNI n° NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada CLECE, S.A., con CIF N° A80364243, dedicada a la actividad económica de prestación de multiservicios, desde el 14 de febrero de 2011, con categoría profesional de limpiadora, y salario de 1.045,73 euros mensuales, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias (34,38 euros/día), que venía percibiendo mensualmente, a mes vencido mediante ingreso en la cuenta bancaria designada a tales efectos. El contrato de la actora era indefinido y a jornada completa, de lunes a viernes.//SEGUNDO.- El 31 de julio de 2015 la demandada comunicó a la actora que, con efectos del 1 de agosto de 2015, procedía a su despido disciplinario. El contenido de la comunicación es el siguiente: "Sra. D^{ña}. Constanza , C/ DIRECCION000 NUM001 . NUM002 27002 - LUGO Lugo, 31 de julio de 2015 Estimada Sra., Como representante de la empresa CLECE, S.A. para la que Ud. presta sus servicios en calidad de limpiadora en el Servicio de limpieza del Hospital Universitario Lucus Augusti, por medio de la presente le comunico que la Dirección de la empresa CLECE, S.A. ha tomado la decisión de proceder a su despido disciplinario con fecha de 1 de agosto de 2015, a tenor de lo previsto en el art. 54.1 y 2 e) y 58.1 del Real Decreto Legislativo 111995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , debido a que desde el 1 de mayo de 2014 hasta el día de hoy Ud. ha estado de alta en la empresa CLECE, S.A. un total de 453 días de los cuales exclusivamente ha estado en disposición de prestar sus servicios de forma efectiva durante un periodo de 164 días. En definitiva, esta situación evidencia un notable rendimiento laboral inferior al pactado en implica una pérdida de rentabilidad y productividad para la empresa CLECE, S.A., lo que motiva que nos resulte inviable mantener su contrato de trabajo de conformidad con el art. 54.2 e) del Real Decreto Legislativo 111995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley del Estatuto de los Trabajadores . Por le expuesto, la Dirección de la empresa CLECE, S.A. ha tomado la decisión de proceder a su despido disciplinario con fecha de 1 de agosto de 2015 a tenor de lo previsto en el art. 54.1 y 2 e) y 58.1 del Real Decreto Legislativo 111995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley del Estatuto de los Trabajadores . Le comunico que a partir de la fecha de efectos de su despido la empresa pondrá a su disposición la liquidación correspondiente y le recordamos que cualquier tipo de dispositivo al que haya podido acceder a través del desempeño de su labor profesional en CLECE, S.A., son medios materiales que está obligada a entregar a la empresa de forma inmediata a la entrega de esta comunicación. Le informo que la empresa trasladará copia del presente escrito al Comité de Empresa de CLECE, S.A. en el Servicio de limpieza del Hospital Universitario Lucus Augustí. A esta Dirección no le consta que Ud. se encuentre afiliado, por lo que no se ha dado audiencia a los Delegados Sindicales. Atentamente,"//TERCERO.- La actora inicio un proceso de incapacidad temporal en data 13 de octubre de 2014, con diagnóstico de trastorno depresivo grave, EPI. Recurrente. Dicho proceso concluyó el 12 de octubre de 2015, por agotamiento del plazo. El parte de alta se encuentra unido a las actuaciones y su contenido se da por reproducido.//CUARTO.- La demandante no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores.//QUINTO.- En la entidad demandada es de aplicación el Convenio Colectivo del Personal del Servicio de Limpieza del Hospital Lucus Augusti (HULA), de data 3 de abril de 2013 (BOP 29 de mayo de 2013).//SEXTO.- El 18 de agosto de 2015 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraje e Conciliación de la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia, que concluyó como intentado sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que estimando la demanda formulada por D^{ña}. Constanza , contra la entidad CLECE, S.A., debo declarar y declaro nulo el despido de la actora con efectos de fecha 1 de agosto de 2015, y condeno a la empresa demandada, a que, de forma inmediata procede a la readmisión de la actora en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde que fue despedida.

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Aproximación general al objeto del recurso

La sentencia de instancia estima la acción de impugnación de despido disciplinario ejercitada por la parte actora, declarando nulo el mismo por discriminación.

La empresa recurre en suplicación al amparo del art. 193 c) LRJS, solicitando la revocación de la resolución de instancia en cuanto a su pronunciamiento de nulidad.

Por la trabajadora se impugnó el recurso.

SEGUNDO: Planteamiento del motivo de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS y hechos relevantes para su resolución

La parte recurrente alega como motivo de recurso, al amparo del art. 193 c) LRJS "Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia", la infracción del art. 55.5 ET y del art. 14 CE, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con cita de las SSTs 29-1-2001; 23-5-2005; 22-9-08; 22-1-07; 22.7-07), al considerar la parte recurrente que no ha existido vulneración de derechos fundamentales que motive la nulidad de la decisión extintiva sino un rendimiento laboral inferior al pactado.

La parte impugnante entiende que ha de mantenerse el pronunciamiento de instancia, equiparando, con ello, la enfermedad de la actora a la discapacidad a los efectos de discriminación, e invocando en tal sentido diversas sentencias del TJUE, que más abajo abordaremos.

Los hechos relevantes para resolver el presente litigio son los siguientes:

-La trabajadora demandante trabajaba como limpiadora para la recurrente desde el 14 de febrero de 2011 hecho probado primero.

-El 31 de julio de 2015 la empresa le comunicó su despido disciplinario con efectos de 1 de agosto de 2015. La causa alegada consistía en que *"desde el 1 de mayo de 2014 hasta el día de hoy usted ha estado de alta en la empresa... un total de 453 días de los cuales exclusivamente ha estado en disposición de prestar sus servicios de forma efectiva durante un período de 164 días... esta situación evidencia un notable rendimiento laboral inferior al pactado e implica una pérdida de rentabilidad y productividad para la empresa..., lo que motiva que nos resulte inviable mantener su contrato de trabajo de conformidad con el art. 54.2 e) ET ..."* Por tanto, la causa de despido invocada, según tal precepto, es la "disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado" hecho probado segundo.

-La actora estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, en que el proceso concluyó por agotamiento de plazo. El diagnóstico era de "trastorno depresivo grave, EPI, Recurrente" hecho probado tercero.

TERCERO: Marco normativo y jurisprudencial aplicable

Pues bien, establecidos los hechos relevantes para la resolución de la controversia, la discusión en suplicación pasa por determinar si en nuestro ordenamiento jurídico incluyendo aquí sus distintos niveles, también el derivado del derecho comunitario existe una prohibición de discriminación por enfermedad aplicable al concreto caso que nos ocupa. De existir tal prohibición de discriminación y de concurrir indicios de ella en este caso, la calificación como nulo del despido disciplinario de la parte actora realizado por la sentencia de instancia será ajustada a derecho, pues consta pacíficamente que la falta de prestación de servicios imputada a la parte actora en la carta trae causa, en esencia, de la situación de incapacidad temporal y de la enfermedad de la que la misma deriva.

Avanzamos ya que entendemos que es correcto el criterio de la juzgadora de instancia, en el sentido de que en nuestro ordenamiento jurídico existe en determinados supuestos muy concretos una prohibición de discriminación aplicable respecto de algunas enfermedades. Así ocurre, como veremos, cuando tales enfermedades reúnen determinadas características que las asimilan a una situación de discapacidad, aunque tal situación no haya sido formalmente declarada como tal en el correspondiente procedimiento administrativo.

En tal sentido debemos partir de las siguientes consideraciones:

A nivel del derecho de la UE, la Directiva 2000/78/ CE 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, establece que el principio de igualdad de trato es incompatible con toda discriminación directa o indirecta derivada de discapacidad art. 1 y 2.1. En desarrollo de tal principio de igualdad de trato, la directiva recoge, entre otras



medidas, la obligación de los Estados de prever procedimientos judiciales para su efectividad art. 9.1 o también reglas especiales de carga probatoria art. 10.1.

El art.14 de la Constitución Española recoge que no puede "prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*." Dentro de esas otras condiciones o circunstancias personales, como veremos, podría tener encaje a nivel constitucional el supuesto que nos ocupa, sin perjuicio de que tal encaje existe también a nivel de legislación nacional RD Legislativo 1/2013 en relación con el ET y de derecho comunitario, con la obligación para el juez nacional de realizar una interpretación conforme de la ley nacional con el derecho comunitario.

El ET establece en su art. 4.2 c) que los trabajadores no podrán ser discriminados "por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate". En la misma línea el art. 17 ET señala que se entenderán nulas las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad. El art. 55.5 ET que la recurrente alega como infringido señala asimismo que serán nulos los despidos que tengan como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley en el mismo sentido, el art. 108.2 LRJS . Por tanto, a la vista de tales preceptos, a salvo de los supuestos en que se haya declarado que un trabajador no se encuentra en condiciones de aptitud para desempeñar un trabajo o empleo que no es el caso de autos no cabe en nuestro ordenamiento la discriminación por razón de discapacidad. Y decimos que no es el caso de autos por cuanto, al tiempo de la decisión extintiva que nos ocupa no consta existiera declaración de incapacidad permanente de la parte actora que pudiera determinar la extinción de la relación laboral de acuerdo con el art. 49.1 e) ET .

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, en su art. 2 define 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 en el art. 4.1 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." Por otro lado, el art. 4.2 señala: " *Además de lo establecido en el apartado anterior* , y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad."

Por tanto, el propio art. 4.2 citado no excluye la consideración como personas con discapacidad de aquellos a quienes todavía no se les haya reconocido el grado de discapacidad o las situaciones equiparables recogidas en el tal apartado segundo, y por eso emplea la expresión: " *Además de lo establecido en el apartado anterior* ".

Por otro lado, el RD Legislativo citado establece en el art. 35: "Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación" (apartado 1); y que: "Se entenderán nulos y sin efecto... las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo." (apartado 5).

A mayor abundamiento, tiene especial relevancia el art. 64.2 del citado RD Legislativo, en tanto establece en su apartado segundo que "las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta ley serán de aplicación a las situaciones previstas en el artículo 63, *con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad* ..." Recogiendo el art. 63, entre otras, las discriminaciones directas o indirectas. Por otro lado, entre las medidas judiciales el art. 75.1 dispone que "la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho".

Pues bien, como se indicó, el art. 64.2 en la línea que luego veremos establecida por la STJUE de 11 de abril de 2013 prevé la aplicación de las medidas judiciales previstas en el RD Legislativo citado " *con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad* ". Previsión legal que establece la necesidad de no realizar una distinción rígida entre discapacidad y enfermedad, pues pueden existir supuestos de enfermedad que no hayan tenido un reconocimiento oficial como tales por la



entidad con competencia en la materia, y que asimismo tengan carácter transitorio flexibilizando por tanto la exigencia de previsible permanencia del art. 4.1 y que hayan de conllevar la tutela judicial prevista en el RD Legislativo que nos ocupa. Como veremos más adelante, justamente la STJUE de 11 de abril de 2013 también permite considerar como discapacidad supuestos de enfermedades sin concurrencia de tal reconocimiento oficial como discapacidad y que tengan carácter transitorio, por ser curables, aunque de larga duración.

En el ámbito de las normas internacionales hay que citar asimismo el art. 1 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (Derechos de las personas con discapacidad, BOE 21-4-2008), que señala que son personas con discapacidad quienes "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". Precepto que, asimismo, también está en la línea del TJUE en sus más recientes pronunciamientos sobre la materia.

Entrando en el análisis de los pronunciamientos de los tribunales de distinto ámbito sobre la cuestión que nos ocupa, resulta especialmente trascendente el criterio sentado por el TJUE en interpretación de la Directiva 2000/78 antes citada, a los efectos de delimitar el concepto de discapacidad a que se refiere tal directiva y que por tanto ha de servir para interpretar las normas internas que trasponen la misma.

Declara el TJUE en el fallo de su importante STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11 ; Josefina y Marisol) matizando el criterio previo sostenido en la STJUE de 11 de julio de 2006 (Chacón Navas) que el *"concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE 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, debe interpretarse en el sentido de que 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. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto."*

A efectos comparativos con el supuesto que nos ocupa, parece relevante señalar que en esta STJUE se trató el caso de dos trabajadores. Por un lado, la Sra. Josefina que padecía "dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento" y respecto de la que "no se pudo efectuar ningún diagnóstico en cuanto a la perspectiva de reanudar una actividad profesional a tiempo completo". Doña. Josefina , además, "estuvo de baja en diversas ocasiones entre el 6 de junio de 2005 y el 24 de noviembre de 2005". Por su parte, la Sra. Marisol sufrió un "latigazo cervical" el 19 de diciembre de 2003, estando de baja médica tres semanas y "después no faltó al trabajo más que unos días". Posteriormente el 4 de noviembre de 2004 de común acuerdo con la empresa acordó una "baja por enfermedad a tiempo parcial durante cuatro semanas". Entre el 10.1.2005 y al menos hasta el 23.3.2005 estuvo en situación de "baja total por enfermedad". El 21-4-2005 la Sra. Marisol fue despedida. Además, es relevante que en tales casos se admite como no controvertido en la sentencia del TJUE que las trabajadoras podían trabajar a tiempo parcial, pero no a tiempo completo fruto de las dolencias descritas (apartados 15-24). En tal sentido, el TJUE declara que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una medida de ajuste a adoptar por el empleador con arreglo al art. 5 de la directiva (apartado segundo del fallo).

Por otro lado, en la STJUE antes citada ese Tribunal establece dos matizaciones en los apartados 3 y 4 del fallo: Apartado 3) "La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva". Apartado 4) "La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente."

En todo caso, respecto de estos apartados 3 y 4 del fallo de la STJUE citada, hemos de señalar que no tienen especial importancia en el caso que nos ocupa. Ello dado que en la carta de despido en autos no se invoca por la empresa ninguna norma interna que pudiera legitimar el despido de un trabajador con discapacidad, sino simplemente el art. 54.2 e) ET , supuesto cuya aplicación al caso de autos resulta palmariamente imposible,



pues exige el mismo una disminución voluntaria del rendimiento, lo cual se contradice directamente con una situación de incapacidad temporal, situación que no puede calificarse de voluntaria.

En la misma línea, ahondó con posterioridad la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13 ; Kaltoft), donde declara tal Tribunal que si bien "el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación", la *"Directiva 2000/78/CE 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, debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda 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. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos."* En este caso, el Sr. Kaltoft, que padecía obesidad, trabajó durante unos quince años como cuidador infantil; el mismo fue despedido por disminución de la carga de trabajo (apartados 16-29).

Además, el Tribunal Constitucional en la STC 62/2008 , en su fundamento jurídico sexto, ha dejado abierta la puerta a vincular discriminación y enfermedad al indicar: *" Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE , encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato..."*

El TC, no obstante en el caso concreto dilucidado en tal sentencia admite en principio la posible discriminación por enfermedad, excluye la misma cuando la decisión empresarial se toma desde la perspectiva "estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo", descartando en tal caso el TC la inversión de la carga probatoria, propia de los supuestos de discriminación, y asimismo la nulidad de la decisión empresarial.

No obstante, esta sentencia del TC ha de tomarse con cautela para decidir el supuesto que nos ocupa, pues, por un lado, no valora en la misma el TC un supuesto como el presente, en el que existe una enfermedad equiparable o asimilable a una situación de discapacidad por haber ocasionado un período continuado y prolongado de incapacidad temporal previo a la decisión de despido, y que se desarrolló durante la prestación de servicios para la empleadora que adopta tal decisión extintiva. Así, en el caso de tal STC según el antecedente segundo de la misma, el tiempo de incapacidad temporal al momento del despido no superaba el mes de duración, sin perjuicio de otros períodos de IT previos durante prestaciones de servicios para otras empleadoras. Por otro lado, también ha de tenerse en cuenta que tal STC fue dictada antes de los pronunciamientos del TJUE más arriba abordados.

En cualquier caso, el TC parece reconocer dos supuestos distintos en que una enfermedad pudiera ser merecedora de la tutela antidiscriminación. Bien (1) "cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada"; o bien (2) cuando sea tomado como un elemento de segregación fundado "en la estigmatización como persona enferma de quien la padece".

Es cierto, por lo demás, que el Tribunal Supremo ha venido estableciendo, como regla general, la no equiparación de la situación de incapacidad temporal o la enfermedad con la discapacidad a los efectos de la tutela antidiscriminación; pero no lo es menos, que a la vista de la jurisprudencia del TJUE, también nuestro alto Tribunal se ha planteado la reconsideración de tal criterio jurisprudencial. Así la STS de 25 de noviembre de 2014 (rec: 2344/2013), aprecia la falta de contradicción en un recurso de casación para la unificación de doctrina, pero no obstante ello señala que: *"las diferencias son esenciales porque, aunque a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 haya que matizar o precisar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación (SS.TS. 22-1-08 (R. 3995/06) y 22-11-2007 (R. 3907/06) entre otras), en el caso de la sentencia de contraste consta que la enfermedad, curable o incurable, que causaba la baja fue en todo momento la misma, mientras que en el caso de la sentencia recurrida no consta que la enfermedad causante de las reiteradas ausencias fuese la misma que motivó la declaración de incapacidad."*

Tal futura matización de su jurisprudencia, que parece apuntar el Tribunal Supremo, tampoco ha tenido lugar en la STS de 20 de mayo de 2015 (rec: 290/2014), donde vuelve a reiterar la no equiparación entre



incapacidad temporal y discapacidad, sin hacer expresamente matizaciones de ningún tipo a la vista de las citadas sentencias del TJUE; si bien es cierto que en aquel caso, dado el objeto del procedimiento, no se analizaba una concreta e individualizada situación de incapacidad temporal derivada de una enfermedad que pudiera, según el TJUE, ser asimilada a discapacidad.

En todo caso, el TS sí ha admitido la entrada en juego de la tutela antidiscriminación ante la existencia de un elemento o factor de segregación vinculado con la enfermedad (así la inicial STS 29.1.01 (Rec: 1566/2000), con criterio mantenido después en otras muchas, aunque sin llegar a apreciar la concurrencia de ese elemento de segregación en los casos analizados). Criterio que, en cierta manera, parece haber ido restringiendo el TS con posterioridad, para circunscribirlo a la vinculación de la enfermedad con factores discriminatorios ya reconocidos en nuestro ordenamiento (sexo, embarazo...) desde las SSTS de 11- 12-07 (Rec: 4355/2006), 18.12.07 (Rec: 4194/2006) y de 22.1.08 (Rec: 3995/2006).

Por último, debemos indicar que algunos Tribunales Superiores de Justicia aunque otros han existido posturas dispares sí han tenido ocasión de trasladar a sus resoluciones los criterios sentados por el TJUE antes expuestos. Así lo ha hecho, por ejemplo, este mismo TSJ de Galicia en la reciente sentencia de 22 de diciembre de 2015 (rec: 3689/2015). O el TSJ de la Comunidad Valenciana en su sentencia de 8 de mayo de 2014 (rec: 778/2014). Si bien es cierto, por lo demás, decíamos, que otros Tribunales Superiores como el de Cataluña, por todas la STSJ Cataluña de 1-7-14 (rec: 956/14) han mantenido criterios discrepantes con el aquí y ahora sostenido.

CUARTO: Síntesis del marco jurisprudencial y resolución del motivo concreto objeto de suplicación

En todo caso, y descendiendo, ahora sí, al caso que nos ocupa, entendemos que ha de confirmarse el pronunciamiento de instancia y la nulidad del despido acaecido, por cuanto el mismo ha de considerarse discriminatorio por enfermedad asimilada a discapacidad en aplicación de los criterios sentados por el TJUE, en especial a partir de su sentencia de 11 de abril de 2013 .

Y es que, como antes decíamos, a partir de la citada sentencia del TJUE, no es posible ya mantener una rígida separación entre enfermedad y discapacidad, reservando la tutela antidiscriminatoria solamente para la segunda de las categorías. Es cierto, no obstante ello, que si bien se mantiene la regla o principio general de que el despido por enfermedad o situación de incapacidad temporal vinculada con la misma no comporta discriminación, tal regla general ha de admitir una nueva excepción o matización que se suma a otras ya formuladas por la jurisprudencia.

Hasta la fecha existían al menos dos supuestos en los que se había venido admitiendo muchas veces más en un plano meramente teórico que con relevancia práctica en casos concretos apreciados por esos mismos tribunales que la enfermedad podía activar los mecanismos de la tutela antidiscriminación. Son los siguientes:

a) La existencia de un elemento o factor de segregación vinculado con la enfermedad así la inicial STS 29.1.01 (Rec: 1566/2000), con criterio mantenido después en otras. Supuesto que parece restringido a la vinculación de la enfermedad con criterios discriminatorios ya reconocidos en nuestro ordenamiento (sexo, embarazo...) desde las SSTS de 11-12-07 (Rec: 4355/2006), 18.12.07 (Rec: 4194/2006) y de 22.1.08 (Rec: 3995/2006).

b) Aquellos casos en que "el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece , al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato" STC 62/2008 . Por tanto, el TC parece distinguir dos supuestos distintos en que la enfermedad puede ser causa de discriminación; por un lado, la estigmatización como persona enferma de quien la padece, supuesto que parece equiparable con la concurrencia del elemento o factor de segregación exigido por la inicial jurisprudencia del TS sobre la materia. Pero, también por otro lado, un segundo supuesto que concurriría cuando "el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada". En otros términos, cuando el trabajador es despedido por la mera concurrencia de la enfermedad sin que exista como también añade el TC "cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato". En tal supuesto cabría incluir, al menos, aquellos casos en que la enfermedad no tiene una incidencia en la aptitud del trabajador para ejecutar la prestación laboral, pero no obstante se adopta la decisión empresarial por ejemplo, el despido en atención a la mera existencia de esa enfermedad. Como podría acontecer en el caso de determinadas dolencias que originaran aun sin fundamento alguno un determinado rechazo vinculado, por ejemplo, con un falso riesgo de contagio u otras circunstancias, pero que no disminuyen el rendimiento o la aptitud laboral de modo real y efectivo.



Pero a estos dos supuestos en que la enfermedad puede ser tenida por causa de discriminación, hay que añadir ahora, desde la STJUE de 11 de abril de 2013, uno más, que podríamos denominar como *enfermedad asimilada a discapacidad* acogiendo la expresión dada por la doctrina científica; véase: Sempere Navarro, A. V. "Discriminación laboral por enfermedad". *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 866/2013.

Y así, a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 citada más arriba e invocada por la parte impugnante, para la concurrencia de una enfermedad asimilada a discapacidad a efectos de constituir causa de discriminación y activar la correspondiente tutela judicial, sería preciso:

- (1) Una enfermedad diagnosticada, siendo indiferente su calificación como curable o incurable;
- (2) que tal enfermedad acarree "una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva... en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores";
- (3) que tal limitación sea "de larga duración".

Pues bien, en el caso de autos concurren, a la vista de los hechos probados de la sentencia de instancia, tales requisitos. Y ello por cuanto: (1) la actora estaba diagnosticada al tiempo del despido de un "trastorno depresivo grave, EPI, recurrente". (2) Tal dolencia psíquica le ocasionaba limitaciones que impedían la participación plena y efectiva de la parte demandante en su actividad laboral como limpiadora; y ello hasta el punto de que inició un proceso de incapacidad temporal que no consta controvertido por tal padecimiento, siendo justamente uno de los requisitos de la IT, con el art. 128.1 a) LGSS, que el trabajador "esté impedido para el trabajo". (3) La larga duración de la limitación se extrae de la propia duración de la IT reflejada en los hechos probados de la sentencia recurrida. Y así la actora estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, en que el proceso concluyó por agotamiento de plazo. Por tanto, al tiempo de su despido 31-7-15, con efectos del día siguiente llevaba más de nueve meses de incapacidad temporal, situación que se prolongó después de su cese, sin que conste, por lo demás, curación. Además, el carácter "recurrente" con que fue calificada la dolencia, abunda asimismo en el cumplimiento del requisito que nos ocupa. Tal duración es por lo demás equiparable e incluso mayor que las que dieron lugar al pronunciamiento del TJUE en la sentencia referida.

Por tanto, en el caso de autos, sí nos encontramos, a la vista de la jurisprudencia del TJUE invocada por la parte impugnante, ante un supuesto de enfermedad asimilada a discapacidad, y por ello, ha de entrar en juego la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva 2000/78, traspuesta en nuestro ordenamiento, entre otros, en diversos preceptos del ET y de la LRJS, así como del RD Legislativo 1/2013, de los cuales ha de hacerse una interpretación conforme con tal jurisprudencia comunitaria. Principio de interpretación conforme sentado, entre otras muchas, en las SSTJUE de 14 de julio de 1994, C 91/92, *Faccini Dori*; de 16 de diciembre de 1993, C-334/92, *Wagner Miret*; de 13 de noviembre de 1990, C-106/89, *Marleasing*; o la de 10 de abril de 1984, C-14/83, *Von Colson*; y que deriva a su vez del principio de primacía del derecho comunitario conllevando, en resumidas cuentas, la obligación del juez nacional de interpretar el derecho nacional de acuerdo con el derecho comunitario, y, por derivación, de acuerdo con la interpretación que del mismo realiza el TJUE.

Y siendo esto así, en el caso que nos ocupa además de concurrir en la parte actora una enfermedad asimilada a discapacidad existen indicios de que la decisión empresarial de despido pudiera ser discriminatoria por razón de enfermedad asimilada a discapacidad, puesto que en la propia carta de despido se refleja la falta de prestación de servicios de la actora que deriva de una situación de incapacidad temporal como hecho motivador de la decisión empresarial. Y siendo esto así, corresponde a la empresa acreditar la concurrencia de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la decisión extintiva y de su proporcionalidad art. 96.1 LRJS y art. 77.1 RD Legislativo 1/2013, no constando en los hechos probados justificación alguna de tal decisión, más allá de la causa de despido disciplinario invocada en la carta, que no concurre de forma manifiesta. Y es que, como ya se dijo más arriba, el art. 54.2 e) ET alude a la disminución del rendimiento calificable, entre otros requisitos, de voluntaria; lo que no es predicable del supuesto que nos ocupa dada la situación de incapacidad temporal de la parte demandante. Por ello, el despido impugnado ha de ser calificado de nulo, al amparo del art. 55.5 ET y en el mismo sentido podrían ser invocados los arts. 108.2 LRJS y 35.5 RD Legislativo 1/2013, en relación con el art. 17 ET, confirmando el criterio de la juzgadora de instancia. Por lo que no se aprecia, en resumidas cuentas, la infracción invocada por la parte recurrente, y, por tanto, se desestima el recurso interpuesto.

QUINTO: Costas del recurso

Procede imponer condena en costas a la parte recurrente, la cual comprenderá los honorarios del abogado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o representación



técnica de la parte en el importe de 601 euros, fijándose en tal prudencial cuantía intermedia al no constar otros parámetros para una mayor o menor cuantificación - arts. 235.1 LRJS -.

Asimismo se mantendrán las consignaciones prestadas, a las que se dará el destino que corresponda cuando esta sentencia sea firme art. 204.1 LRJS . Y se acuerda también la pérdida del depósito para recurrir, lo que se realizará también cuando nuestra sentencia sea firme art. 204. 3 y 4 LRJS .

FALLAMOS

1º.- DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por CLECE SA frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo en procedimiento seguido a instancia de D^a. Constanza y siendo parte el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida.

2º.- Procede imponer condena en costas a la parte recurrente, la cual comprenderá los honorarios del abogado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o representación técnica de la parte en el importe de 601 euros.

3º.- Asimismo se mantendrán las consignaciones prestadas, a las que se dará el destino que corresponda cuando esta sentencia sea firme. Y se acuerda también la pérdida del depósito para recurrir, lo que se realizará asimismo cuando nuestra sentencia sea firme.

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 35 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 35 **** ++**).

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.