



Roj: **STSJ M 8029/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:8029**

Id Cendoj: **28079340062018100635**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/06/2018**

Nº de Recurso: **184/2018**

Nº de Resolución: **600/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0049567

Procedimiento Recurso de Suplicación 184/2018

ROLLO Nº: RSU 184/18

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPLICACIÓN

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: **JDO. DE LO SOCIAL N. de 15 MADRID**

Autos de Origen: **1085/16**

RECURRENTE: D^a. Leonor

RECURRIDO: INSPECTORATE ESPAÑOLA SA

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 600

En el recurso de suplicación nº **184/18** interpuesto por el Letrado, **D. ANTONIO JOSÉ ÁVILA DE ENCIO** en nombre y representación de **D^a. Leonor** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **15** de los de MADRID, de fecha **DIEZ DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 1085/16 del Juzgado de lo Social nº 15 de los de Madrid, se presentó demanda por D^a. Leonor contra **INSPECTORATE ESPAÑOLA SA** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **DIEZ DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

ESTIMO la demanda de despido formulada por D^a. Leonor contra Inspectorate Española S.A. y, en consecuencia, DESESTIMANDO la pretensión de nulidad, ESTIMO la de IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO comunicado a D^a. Leonor el 20/10/2016, lo declaro improcedente y CONDENO a Inspectorate Española S.A., a su opción, a readmitir a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de un salario diario de 47,41 €, o a abonarle la indemnización de 13.654,08 euros.

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- D^a. Leonor vino prestando servicios para la empresa Inspectorate Española S.A. desde el 1/4/2009, en virtud de contrato de trabajo indefinido bonificado, como Auxiliar Administrativo, incluida en la misma categoría, con un salario bruto mensual entre octubre de 2015 y septiembre de 2016, de 1.442 €, incluida la prorrata de las pagas extraordinarias. Documento nº 1 del ramo de la actor y nº 3 de la demandada.

SEGUNDO.- Con fecha 1/6/2016 D^a. Leonor inició un proceso de I.T. por la contingencia de enfermedad común. Documento nº 16 del bloque de la demandante.

Con fecha 1/6/2017 la Dirección Provincial del INSS resolvió emitir el alta médica de la beneficiaria con fecha 1/6/2017 una vez agotada la duración máxima de 365 días. Documento nº 19 de la actora.

La trabajadora manifestó el 21/6/2017 ante el INSS su disconformidad con el Alta médica, mediante las alegaciones consignadas en el documento nº 20 de su ramo de prueba.

Como consecuencia de lo anterior el INSS resolvió emitir el alta médica con fecha 19/6/2017. Documento nº 21 de la actora.

TERCERO.- Con fecha 16/5/2017 D^a. Leonor presentó ante el INSS solicitud de determinación de la contingencia de Incapacidad Temporal, solicitando por Anexo que califique la contingencia como Enfermedad Profesional. Documentos nº 26 y nº 27 de la demandante.

La Dirección Provincial del INSS comunicó a Inspectorate Española S.A. que D^a. Leonor había solicitado en vía administrativa la determinación de la contingencia de su proceso de IT que comenzó el 1/6/2016 por lo que, habiendo iniciado dicho procedimiento de determinación de contingencia, se requería a la empresa para que, en el plazo de 10 días hábiles, aportara documentación del proceso de IT y realizara las alegaciones que estimara oportunas. Documento nº 1 del ramo de prueba de la demandada.

CUARTO.- Con fecha 28/7/2017 el INSS resolvió expedir una nueva baja médica a D^a. Leonor con fecha 28/7/2017 "por recaída del proceso anterior". Documento nº 22 de su ramo de prueba.

QUINTO.- Mediante carta fechada el 19/10/2016, remitida por burofax y recibida el 20/10/2016, la empresa comunicó a la trabajadora su despido disciplinario al amparo de lo establecido en el artículo 54.1 y 2.e) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores haciendo constar que "el motivo atiende a que su rendimiento ha disminuido de forma relevante y continuada respecto a lo que hemos de entender un desempeño normal, no cumpliendo con los objetivos marcados por la empresa. En conclusión, los hechos anteriormente descritos suponen un incumplimiento contractual muy grave susceptible de ser sancionado con el despido, al amparo de lo dispuesto en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores ". Documento nº 14 del ramo de prueba de la actora.

SEXTO.- El 28/10/16 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto previo el 17/11/16 con el resultado de celebrado sin avenencia respecto al despido".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 20 de junio de 2.018.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora contra la sentencia de instancia, que ha estimado parcialmente su demanda declarando la improcedencia de su despido, postulando en el recurso la nulidad. La empresa INSPECTORATE ESPAÑOLA S.A. ha impugnado el recurso.



El primer motivo se ampara en el art. 193.b) de la LRJS con el fin de que se añada al hecho probado 1º, como segundo párrafo, el siguiente texto:

"Con fecha 1 de diciembre de 2015 la dirección de la empresa decidió cambiar el Centro de Trabajo de la actora de Madrid, c/ Estrecho de Mesina nº 13, a Alcobendas (Madrid), Polígono Industrial La Granja, calle Valportillo Primera nº 22 - 24 Edificio Caoba."

Para ello cita el folio 50 de las actuaciones, consistente en la comunicación de cambio de centro de trabajo, así como el folio 69, que es el informe médico de evaluación de incapacidad laboral de fecha 26-5-17.

El motivo no puede prosperar, ya que aun siendo cierto que la empresa decidió el cambio de centro de trabajo tal como consta en el folio 50, este dato no es relevante. En la redacción propuesta no se expresa más que el hecho del cambio de centro, y esta circunstancia no influye en modo alguno en el enjuiciamiento del despido ni en su calificación. En el desarrollo del motivo se realizan consideraciones sobre el folio 69 que, al no haber sido llevadas al texto que se propone, resultan ineficaces. En cualquier caso, el informe médico no reconoce que la dermatitis atópica que presentó la actora fuera causada por las condiciones del nuevo centro de trabajo, ya que solamente recoge que *"la paciente achaca este brote a cambio de oficina sin ventilación"*, como una mera manifestación de la interesada.

Por todo ello se desestima el motivo.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, por el mismo cauce procesal, se insta la revisión del hecho probado 2º mediante la adición de un segundo párrafo en los términos siguientes:

"por brote severo de dermatitis atópica que requirió corticoides orales, leve mejoría, por lo que el 19-10-2016 la mutua realizó propuesta de alta; al día siguiente la paciente es despedida."

La recurrente cita el folio 69, informe médico de evaluación de incapacidad laboral de fecha 26-5-17.

Es cierto que en dicho informe consta que el 19-10-16 la mutua realizó propuesta de alta, pero asimismo aparece que dicha propuesta fue rechazada por estar a la espera de iniciar tratamiento biológico. La fecha de la carta de despido es de 19-10-16, que fue recibida el 20, como ya consta en el hecho probado 5º. Lo que no aparece en modo alguno es lo que sugiere la recurrente, sin llevarlo a la redacción propuesta, en el sentido de que la empresa conociera la circunstancia de la propuesta de alta de la mutua, que tuvo lugar el mismo día de emisión de la carta de despido, por lo que el indicio es más bien el contrario, que no pudo conocer tal dato.

Por todo ello se desestima el motivo.

TERCERO.- Los dos motivos restantes se amparan en el art. 193.c) de la LRJS . En el tercer motivo se alega la infracción del Convenio nº 158 de la OIT, arts. 4 , 7 , 8 y 9.1, en relación con el art. 24 de la Constitución , arts. 14 y 15 de la Constitución , y arts. 4.2.c) , 17.1 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores .

Aduce la recurrente en primer lugar que la causa del despido es ficticia, vulnera lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT y el art. 24 de la Constitución , derecho a la tutela judicial efectiva, al privar al trabajador del conocimiento exacto de la causa real de su despido impidiendo o dificultando su acción judicial de impugnación del despido, por lo que a su entender la calificación debe ser la nulidad del despido.

No se comparten tales alegaciones. Argumentos semejantes fueron rechazados por la sentencia de esta Sala, sección 6ª, de fecha 21-9-15 rec. 441/15 . La cuestión del despido sin causa real, o por motivos alegados ficticios o genéricos, y su calificación, ha sido abordada por la jurisprudencia, admitiendo inicialmente la figura del despido nulo realizado en fraude de ley, o concurriendo una dosis de arbitrariedad empresarial especialmente intensa, pero esa tesis fue expresamente abandonada por el TS a partir de la LPL de 1990 (sentencias del TS de fecha 19-1-94 , 30-12-97, entre otras , y más recientemente lo reitera la sentencia del TS de 5-5-15 rec. 2659/2013) limitando los supuestos de nulidad del despido a los expresamente previstos en la ley. El argumento de la indefensión es especialmente inconsistente, ya que difícilmente se puede aducir lesión del derecho a la tutela judicial efectiva - es decir, limitación de las posibilidades de acceder a la jurisdicción y de defensa, alegaciones y prueba en el proceso, con obtención de una resolución judicial motivada y fundada en derecho - cuando la propia ley establece directamente el efecto de improcedencia del despido por no haberse concretado debidamente en la comunicación de despido el incumplimiento alegado; la impugnación del despido no puede ser más asequible y sencilla, pues le basta al demandante con alegar el efecto de la improcedencia previsto legalmente para el incumplimiento de las garantías que rodean al acto de despido y siendo así, es claro que el trabajador no necesita, como viene a sostener el recurrente, conocer "la causa real del despido" para impugnar éste con éxito. Por ley tiene el trabajador el éxito asegurado en casos de despido verbal, o despido escrito con insuficiencia o inconcreción de los hechos, o alegación empresarial de hechos que no son incumplimientos contractuales. Por tanto, es por completo infundado alegar indefensión.



Por lo que se refiere a la exigencia de causalidad en el despido a tenor del Convenio 158 de la OIT y de la doctrina del TC, no cabe dudar de que aquella está presente en nuestra legislación, si bien la equivocación del recurrente estriba seguramente en entender que el incumplimiento de esta exigencia por el empresario - porque no alegue o no pruebe una causa justa para el despido - deba conducir a la nulidad del despido y por consiguiente a la readmisión. A este respecto hay que precisar que el artículo 4 del Convenio dispone que *"no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio"*. A su vez el artículo 9.1 establece que *"los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada"*. Dispone además el artículo 10 lo siguiente: *"si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada"*. Por fin, el artículo 12.1 establece: *"de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho (...) una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores"*. De esta regulación se desprende que, si bien el principio general es que el despido debe obedecer a una causa justificada, los organismos de control judiciales o extrajudiciales se hallan facultados para analizar la causalidad del despido y todas las circunstancias conexas, a fin de dilucidar si la extinción es justificada o no; y si la calificación resultante es que la causa es injustificada, de conformidad con la legislación nacional, podrán ordenar la readmisión o el pago sustitutivo de una indemnización. Así, el derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa se satisface imponiendo a la empresa una indemnización por la infracción legal y el incumplimiento contractual cometidos. Lo que veda el convenio 158 de la OIT es el despido *ad nutum*, es decir la absoluta libertad para despedir sin sometimiento a responsabilidad alguna; no impone, como viene a mantener el recurrente, el efecto de la readmisión para todo despido en el que no haya existido justa causa, lo que daría al traste con el sistema de calificación y efectos del despido de la ley española y de muchos otros ordenamientos jurídicos. La causa alegada por el empresario es justificada o no lo es, no existe un tercer género de causas ficticias, inconcretas o arbitrarias a las que deba atribuirse consecuencias especiales. Cuestión distinta es la calificación de nulidad pero en los supuestos expresamente previstos en la ley.

CUARTO.- Asimismo aduce la recurrente dentro del tercer motivo que la incapacidad temporal de la actora es el factor desencadenante del despido, derivado "posiblemente de un incumplimiento de la empresa" en materia de garantía de seguridad y salud en el trabajo, formación e información a la trabajadora sobre riesgos laborales, alegando que conforme al art. 14 en relación con el 15 de la Constitución, y art. 6.1 del Convenio nº 158 de la OIT (*"la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación del trabajo"*) se debería declarar la nulidad del despido.

La alegación de los posibles incumplimientos empresariales en los aspectos mencionados en el motivo, no pasa de ser una conjetura o mera manifestación sin apoyo alguno en los hechos probados, por lo que sin más ha de rechazarse. Destaquemos, con todo, que la actora inició un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común el 1-6-16 y fue despedida el 19-10-16 por supuesta disminución del rendimiento. No fue hasta el 16-5-17 cuando la actora presentó ante el INSS solicitud de determinación de la contingencia como enfermedad profesional, que no consta siquiera haya sido resuelta.

Por lo que respecta a la consideración de la situación de enfermedad e incapacidad temporal como un factor de discriminación a efectos de la calificación del despido, tal tesis fue rechazada por las sentencias del Tribunal Supremo de 22-11-07, 11-12-07, 18-12-07, 22-1-08, 13-2-08, 22-9-08 y 27-1-09, y la sentencia número 62/2008 del Tribunal Constitucional. Así la sentencia del TS de 27-1-09 declara que *"(...) sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo (...). Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros "derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador" (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminado. En el presente pleito este argumento ha sido utilizado en la sentencia de instancia, insinuándose también en la definición genérica y extensiva de discriminación que utiliza la sentencia recurrida. El derecho constitucional señalado al efecto por la sentencia de instancia es el "derecho a la protección de la salud"*



reconocido en el art. 43.1 CE. Pero, sin entrar ahora en si el contenido de la protección de la salud puede alcanzar a conductas empresariales potestativas o de configuración jurídica como la enjuiciada en este caso, lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, el derecho mencionado no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas" (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales mencionados sobre nulidad del despido. El art. 43.1 CE está situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los "principios rectores del orden social y económico", a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE ("El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen")."

En cuanto a la lesión del derecho a la integridad física del trabajador - art. 15 de la Constitución - solamente puede apreciarse en casos extremos como el de la amenaza al trabajador del despido si no abandona el tratamiento solicitando el alta médica, como expresa la sentencia del TS de 31-1-11 rec. 1532/2010 :

"(...) Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, "al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento, lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto" decidido, "en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico". Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", se precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso".

QUINTO.- En el cuarto y último motivo se alega la infracción por inaplicación de los arts. 3 , 15 , 21.1 , 30 , 34 y 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como arts. 11 , 12 , 15 y 31 de la Directiva 2000/78 , en relación con los arts. 9.2 , 14 y 15 de la Constitución , art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y sentencia de 1 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Aduce, en síntesis, la recurrente, que se ha producido un despido nulo por estar basado en la discapacidad, considerando que este concepto es de aplicación en el litigio, habiendo sido despedida la trabajadora cuando llevaba más de cuatro meses de baja por enfermedad en el momento del despido, sin que en la carta de despido se indicase ninguna causa real, solamente una disminución del rendimiento.

En relación con la calificación del despido, y la aplicación del concepto de discapacidad como una posible causa de discriminación que produce la nulidad del despido, recientemente se ha pronunciado la sentencia del TS de 15-3-18 rec. 2766/2016 , examinando la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina del TJUE en las sucesivas sentencias de 11-7-06 C-13/05 (Chacón Navas), 11-4-13 C-335 y 337/11 (Ring y Werge), 1-12-16 C-395/15 (**Daouidi**) y 18-1-18 C-270/16 (Ruiz Conejero), en los términos siguientes:

"(...) Resta por analizar la posibilidad de que se halle incluida en la noción de discriminación resultante de la vulneración de la Directiva 2000/78 C y de la valoración de situaciones denominadas de discapacidad.



Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que sucesivas resoluciones del TJUE pudieran tener en litigios sometidos a nuestra consideración pudiendo citar las recaídas el 30 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2152) (Rcud. 3348/2014), 21 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4307) (Rcud. 782/2016). Las citadas resoluciones se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de julio de 2006 (TJCE 2006, 192) en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013 (TJCE 2013, 122) - asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 308), asunto **Daouidi**- C 345/15). Con posterioridad el TSJUE ha incidido nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero- C 270/16 (TJCE 2018, 3), que reitera el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.

En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016 (RJ 2017, 4307)), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C- 13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C- 335/11 y C- 337/11 (Ring) así como en el C- 395/15 (asunto **Daouidi**): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional la Directiva 2000/78 de 27-11 (LCEur 2000, 3383) cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

"(art. 1); "se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo" (art. 2); "Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos.... (art.3)"

En cuanto a la primera resolución del TJUE dictada sobre el particular, sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), en la que el supuesto de controversia era un despido acordado hallándose la trabajadora en IT la respuesta dada sobre el concepto de discapacidad fue la siguiente:

"- Sobre la cuestión principal y dado que el juez nacional solicita se dilucide si la Directiva 2000/78 en cuanto elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su protección al trabajador despedido exclusivamente a causa de una enfermedad, se señala que debe iniciarse interpretando el concepto de discapacidad a efectos de la mencionada directiva y al respecto se realizan una serie de afirmaciones:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional (39).

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (40)".

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad (44).

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución (45).

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando (48, 49 y 51)."

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde:



«1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE (RCL 1999, 1205) prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva.»

En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 200/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que «el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: «41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).»

Al historial del análisis de la Directiva 200/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15 (TJCE 2016, 308)), (Daouidi) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 200/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias."

Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador" sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la



calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y resolver el debate de suplicación con la estimación del recurso de igual naturaleza interpuesto por CLECE, S.A., absolviéndola de las costas causadas en dicho procedimiento y con devolución del depósito constituido para recurrir, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social, absolvemos a la demandada de la pretensión principal de despido nulo y estimamos la subsidiaria de despido improcedente...".

En el caso ahora examinado, la actora causó baja el 1-6-16 por un brote severo de dermatitis atópica iniciando un proceso de incapacidad temporal y fue despedida por medio de carta de fecha 19-10-16 que recibió la trabajadora al siguiente día. 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». La dermatitis atópica no encaja en esta definición, ni en cuanto a su duración en la fecha del despido ni en lo relativo a que, por "interactuar con diversas barreras", pueda impedir la participación plena y efectiva de la actora en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Por ello se comparte la calificación efectuada por la sentencia, de improcedencia y no de nulidad del despido, y en consecuencia se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

FALLAMOS:

desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a. Leonor , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de MADRID en fecha 10 de noviembre de 2.017 en autos 1085/16 seguidos a instancia de la recurrente contra INSPECTORATE ESPAÑOLA, S.A. y confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará 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 arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **184/18** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 **184/18**), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.