



Roj: **STS 757/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:757**

Id Cendoj: **28079140012018100164**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2018**

Nº de Recurso: **160/2016**

Nº de Resolución: **194/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 160/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 194/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 22 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a. Modesta , representada y asistida por el letrado D. Juan Ignacio Marcos González, contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 1280/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Bilbao , en autos núm. 764/2014, seguidos a instancias de la ahora recurrente contra Banco Santander S.A. y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de diciembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Bilbao dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La actora D.^a. Modesta , ha venido prestando servicios para la empresa Banco Santander S.A., con una antigüedad de 12/02/1996, categoría profesional de operativa, Técnico Nivel VIII y salario anual de 34.749,65 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extra.

SEGUNDO.- Resulta de aplicación a las partes el XXII Convenio Colectivo de Banca vigente para los años 2011-2014 publicado en el BOE de 5 de mayo de 2012.



TERCERO.- La Sra. Modesta se integró en la plantilla del Banco Santander en abril de 2.000 procedente del Banco Central Hispano, para el cual prestaba servicios en la localidad de Bilbao comenzando a desarrollar su actividad laboral para el Banco Santander en Ondarroa un mes y, posteriormente, a la oficina 0412 de Durango sita en C/ San Agustín Alde, sucursal en la cual el 19/07/2001, mientras prestaba servicios de caja, sufrió un atraco, en el transcurso del cual fue amenazada con un arma de fuego. Como consecuencia de lo anterior la trabajadora cayó en situación de IT del 27/07/2001 al 12/08/2001 derivada de accidente de trabajo, con el diagnóstico de trastorno por estrés post-traumático.

CUARTO.- A los pocos días de la reincorporación de la trabajadora se procedió al cierre de la sucursal donde venía prestando servicios, siendo trasladada a la sita en Durango pero en C/ Andra Mari 2, continuando percibiendo tratamiento y consultas con psiquiatra concluyendo el facultativo D. Anibal en informe de 28/11/2002 que "Dña. Modesta sufre una reactivación de la sintomatología relacionada con el síndrome de estrés postraumático, a raíz de una nueva exposición al elemento y/ o situación condicionante. Trabaja en una caja de seguridad/bunker de una sucursal bancaria, lugar en el cual originariamente sufrió un atraco. La paciente citada sufre sintomatología de ansiedad y clínica depresiva". Pues (sic) de manifiesto lo anterior por la trabajadora al director y subdirector de la sucursal, fue sacada de caja realizando funciones operativas fuera de la misma.

QUINTO.- La trabajadora, a través de CCOO interpuso demandas y reclamaciones de antigüedad y cantidad entre los años 2005 y 2005 (sic) tal y como resulta de los documentos 2 a 9 de la Sra. Modesta que se dan por íntegramente reproducidos.

SEXTO.- El 14/01/2006 Banco Santander comunicó a la trabajadora que a partir del 17 de enero comenzaría a prestar servicios en otra sucursal de Durango sita en C/ Landako, en la cual solo había otras dos personas, director y subdirector, por lo que debería realizar operaciones de caja Dr. Casimiro, médico psiquiatra del CSM Bombero Etxaniz informó el 23/01/2006 "Desde el mencionado atraco, su vida gira, básicamente condicionada por el miedo a sufrir otra agresión. Esta situación es una secuela típica de estos trastornos. Por ello y en mi opinión, debería facilitársele una actividad y ubicación laboral que evoque lo menos posible el incidente mencionado. A este respecto y si la paciente está satisfecha con su actual situación laboral, entiendo que es preferible no modificar esta, por el riesgo que supone de reactivación del proceso".

SÉPTIMO.- El delegado de CCOO de la empresa, sindicato al cual pertenece la Sra. Modesta, el 24/01/2006, interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo (documento 32 de la actora que se da por reproducido) recogiendo entre otros extremos que el banco, haciendo caso de un informe del gabinete psicológico Hazkunde, quitó a la trabajadora del puesto de caja, dejándola en la relación de tareas de operativa interna en la misma sucursal pero que con el traslado estaba obligada a realizar funciones de caja o que, aún cuando no fuera así, no estaba capacitada para estar en una sucursal tan pequeña. La Inspección de Trabajo giró visita a la sucursal de la C/ Landako el 7/02/2006 (documento 33 y 34 de la actora), encontrándose en el puesto de caja al subdirector D. Elías y en otro distinto y diferenciado la demandante, realizando actividades de captación de clientes y a la sucursal de C/ Andra Mari, donde el director y subdirector le manifestaron que a esa sucursal se había incorporado una trabajadora de Ondarroa y que quizás hubiera sido más conveniente que esta fuera a la sucursal de C/ Landako y permaneciera la actora en la de C/ Andra Mari. El Inspector actuante requirió la comparecencia de la mercantil el 16/02/2006 requiriéndola para que procediera a evaluar las condiciones de trabajo de la Sra. Modesta. El 28/02/2006 la mercantil presentó escrito en la Inspección de Trabajo en el que se recogía que se había solicitado, a la luz de las manifestaciones de la trabajadora a la Unidad Territorial de recursos Humanos, de los servicios de prevención Ajenos UMI, con quien tenían concertada la vigilancia de la salud, la realización de un examen de actitud psicofísica de la actora para el desarrollo de las funciones propias de su nivel profesional en el nuevo destino, el cual se había realizado el 27 de enero y que ante el resultado de no aptitud para funciones inherentes al puesto de caja, se había dispuesto el retomo de la trabajadora a su anterior destino el 27/02/2006.

OCTAVO.- En virtud de escrito de 14/02/2013 Banco Santander comunicó a la trabajadora que con efectos del día 1/03/2013 y a fin de resolver la situación afectante a la sucursal de Ermua, quedaría adscrita a la plantilla de dicha sucursal (documento 35 de la actora). La trabajadora cayó en situación de IT el 12/08/2013 que fue declarada como derivada por Accidente de Trabajo en virtud de Resolución del INSS de 15/11/2013. La Mutua confirió el alta a la trabajadora el 12/06/2014 y, recurrido lo anterior, por sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao de 16/10/2014 se declaró indebida el alta médica, manteniéndose la situación de IT.

NOVENO.- El Informe del Médico psiquiatra D. Casimiro de 12/03/2013 recoge:

" Modesta, nacida el NUM000 de 1.966 y con N° de SS NUM001, comenzó a acudir a este CSM el 25 de septiembre de 2002, tras ser remitida por su médico de cabecera.



El diagnóstico que se emitió fue de Trastorno por Estrés Post-traumático, desarrollado -según refería- tras sufrir un atraco en su puesto de trabajo y reactivado tras su reincorporación laboral. Desde el mencionado atraco, su vida gira, básicamente, condicionada por el miedo a sufrir otra agresión. Esta situación es una secuela típica de estos trastornos. Por ello, y en mi opinión, debería facilitarte una actividad y ubicación laboral que le evoque lo menos posible el incidente mencionado. A este respecto entiendo que es preferible que trabaje en grandes espacios y con muchos compañeros de trabajo, en lugar de en espacios pequeños y con pocos compañeros de trabajo (documento 48 de la actora)".

DÉCIMO.- En el acta de reunión del CESS de 16/04/2013 expresamente se recoge " Aurora toma la palabra y comenta la situación de la empleada Modesta , a quien se ha trasladado a Ermua. Indica que en el 2002 su oficina sufrió un atraco y que desde entonces toma medicación. Es cierto que desde entonces no realiza funciones de caja, algo que se le prescribió médicamente, aunque tiene un informe médico que indica que recomienda trabajar en oficinas grandes. Julián responde que la empresa retiró a la empleada de las funciones de caja, conforme consta en el informe médico. Sin embargo, lo que ahora se trae a colación, es totalmente nuevo, dado que nunca se había puesto de manifiesto que tiene problemas en trabajar en oficinas no tan grandes como la actual, hasta que se le ha comunicado el cambio (documento 36 de la actora).

UNDÉCIMO.- Por la Inspección de trabajo se emitió el 2/12/2013 informe que aportado por la actora con el número 41 se da íntegramente reproducido consecuencia de denuncia interpuesta ante el organismo y que, entre otros, extremos, recogía:

"Teniendo en cuenta las recomendación (sic) establecidas en el informe médico emitido por el Doctor Marcelino de Osakidetza, de fecha de 2-03-2013 y en uso de las facultades conferidas por el Art. 7.3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 15-11-1997), se requiere a la empresa Banco Santander Central Hispano, SA (CCC NUM002 y CIF A39000013) para que se proceda a evaluar las condiciones específicas de trabajo de la trabajadora Modesta , desde la perspectiva de las actividades sanitarias y psicosociales, teniendo en cuenta las condiciones y consecuencias de la adscripción de la trabajadora a su nueva sucursal, prescribiendo, en su caso, las medidas preventivas pertinentes.

Todo ello se entiende sin perjuicio del cumplimiento del resto de las obligaciones establecidas en la normativa de prevención de riesgos y demás normativa vigente.

Plazo de cumplimiento; inmediato.

Con posterioridad a esta actuación, y en cumplimiento del Requerimiento indicado, se ha realizado un nuevo examen a la trabajadora con fecha de 23-07-2013 por el Servicio de Prevención UMIVALE prevención de Valencia por el Doctor Serafin .

En el examen médico, se le considera apta para el desempeño de su puesto de trabajo, el de Administrativa/ Operativa.

Con fecha de 4 de octubre de 2013, se mantiene conversación telefónica con el médico del servicio de prevención UMIVALE, que ha realizado el reconocimiento médico a la trabajadora del día 23-07-2013.

En la conversación, manifiesta que la dolencia del accidente de trabajo incapacita a la trabajadora para el puesto de cajera, pero su nuevo puesto de trabajo es el de administrativa/operativa, para el cual se le considera apta. La oficina de Ermua donde presta servicios la trabajadora es una oficina mediana, en la que abajo se encuentran habitualmente otras 4 personas y arriba donde presta servicios la trabajadora se encuentra otra persona más.

Este informe médico, es según la trabajadora, contrario a los aportados por ella, el del Dr. Marcelino , Psiquiatra de Osakidetza y del Doctor Benedicto , especialista en medicina interna de Osakidetza.

Con posterioridad, y con fecha de 11 de octubre de 2013, se ha dictado resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la cual, reunido el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial de Bizkaia, se propone, que la contingencia determinante de las lesiones del proceso de incapacidad temporal comenzado el 12-08-2013 por Modesta , es Accidente de Trabajo (Recaída de las lesiones sufridas en el Accidente de Trabajo previo)"

Teniendo en cuenta que el nuevo reconocimiento médico aportado por la empresa, realizado con fecha de 23-07-2013, concluye que la trabajadora es apta para el puesto de trabajo de Administrativa/Operativa, que es puesto de trabajo que actualmente desempeña la trabajadora, no procede realizar ninguna actuación inspectora al respecto.



De todo lo anterior puede concluirse que, en el caso examinado, existe una diferente interpretación y controversia en los resultados de los diferentes informes médicos aportados por ambas partes, cuya resolución no es competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por lo que se le informa a la denunciante del derecho que le asiste de acudir a los órganos competentes para dirimir por la posible discrepancia entre los informes médicos del servicio de prevención de la empresa y los aportados por ella, y sin perjuicio de las ulteriores actuaciones inspectoras que pudieran derivarse de ello.

DUODÉCIMO.- Por CCOO se interpuso nueva denuncia ante la Inspección de Trabajo el 13/01/2014 (documento 42 de la actora), emitiéndose informe el 18/03/2014 (documento 43 de la actora) en el que concluía que se requería al Banco Santander "para que en el momento de la incorporación de la trabajadora Modesta a su puesto de trabajo, se proceda a la revisión de la evaluación de su puesto de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.2.a) (con ocasión de los daños para la salud que sean producido (sic)) tras la declaración de las lesiones del proceso de incapacidad temporal comenzado el 12-08-2013 por la trabajadora como accidente de trabajo"-

DÉCIMOTERCERO.- Por OSALAN se emitió informe el 22/10/2014 que obrante en las actuaciones se da por íntegramente reproducido y que, entre otros extremos, como medidas preventivas, recogía:

"A pesar de que la trabajadora se encuentra actualmente en situación de desempleo, una vez finalizada esta situación, el servicio médico correspondiente deberá citarla para realizar un examen de salud. Dicho reconocimiento médico se llevará a cabo teniendo en cuenta los criterios y contenido arriba expuestos, y como resultado del mismo se deberá emitir el consiguiente certificado de aptitud.

El certificado que resulte como consecuencia del examen efectuado se deberá entregar por escrito tanto a la empresa como a la trabajadora. En él deberá constar la aptitud de la trabajadora para el puesto de trabajo al que se le va a asignar. En caso de que la trabajadora presente limitaciones para su puesto de trabajo, éstas deberán constar en la aptitud, de manera clara y concreta en cuanto a las tareas que se limitan.

Para las limitaciones se tendrá en cuenta la situación de la trabajadora, sus condiciones de salud, el contenido de sus tareas y los riesgos a los que está expuesta de la forma más objetivable y cuantificada posible. Se tendrán especialmente en cuenta factores que puedan agravar o condicionar su estado actual de salud.

Es recomendable poner en marcha un procedimiento general para cambios de puesto de trabajo por motivos de salud lo más objetivo y criterizado posible.

Sería aconsejable poner en marcha dentro de la empresa un equipo que participara en la decisión de esos cambios. Tras el informe médico, la decisión del cambio se tomaría en este equipo con participación de la empresa y de los representantes de los trabajadores.

Esto ayudaría a hacer más visible el problema y a corresponsabilizar a todos en estos cambios.

Se recomienda una nueva actualización de la evaluación de riesgos, contemplando un procedimiento de actuación ante la presencia de trabajadores especialmente sensibles: el documento de la evaluación de riesgos debe ser un instrumento dinámico al servicio de una prevención de riesgos laborales eficaz y efectiva.

Esto quiere decir que dicha evaluación debe ser reevaluada cada vez que se produzcan modificaciones, bien en las condiciones estructurales de las instalaciones, en los procesos de trabajo, en la incorporación de nuevas actividades o nuevos profesionales, ante la detección de problemas de salud o enfermedades o lesiones que puedan tener relación con las condiciones de trabajo etc...."

DÉCIMOCUARTO.- Con fecha 17/12/2012 el Consejo de Administración de Banco Santander acordó la integración de Banco Español de Crédito bajo la marca Santander, aprobándose por los Consejos de Administración de ambas sociedades el proyecto común de fusión con fecha 9 de enero de 2013. Con motivo de esta fusión y la de Banco Banif Banco Santander ha procedido a realizar numerosos traslados (600 según el documento 11 de la demandada no impugnado), se han ofrecido bajas incentivadas y prejubilaciones, salidas anticipadas.

DÉCIMOQUINTO.- En abril de 2013 existían 10 trabajadores en la sucursal de C/ Andra Mari de Durango del Banco Santander, siendo 4 de ellos operativos, realizando habitualmente 2 funciones de caja. En el informe de reestructuración del banco aportado (documento 1) consta el exceso de 1 operativo. La oficina de Durango es la mayor de la zona y, en los casos que en las oficinas de su territorio se producen inasistencias o necesidad de personal operativo, se envía a uno de sus empleados, siendo preciso que lleva (sic) a cabo operaciones de caja. La sucursal de particulares se encuentra en el mismo espacio físico que la de empresas, la cual disponía de 7 empleados que se han reducido a 6 en junio de 2014. La oficina de Ermua dispone de dos plantas, estando situada la trabajadora en la planta superior, alejada de la caja y siendo con ella seis empleados en el local, existiendo en la actualidad 7 trabajadores. En Vizcaya existen 66 sucursales, siendo solo tres las que cuentan

con más de 10 empleados, 1 con 9, 1 con 8, 4 con 7, 6 con 6 y las restantes con menor número, existiendo 14 con dos personas y 18 con tres personas (documento 9 de Banco Santander).

DÉCIMOSEXTO.- Por Banco Santander se ha aportado el informe sobre Evaluación de Riesgos Psicosociales con el número 16, dándose por íntegramente reproducido.

DÉCIMOSEPTIMO.- D^a. Modesta ha percibido de Umivale Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales 3.188,4 euros (documento 13 de la actora) durante la última situación de IT.

DÉCIMOCTAVO.- La trabajadora obtuvo unas puntuaciones en la evaluación de desempeño de 9,17 en el año 2003, 9,32 en el año 2004 (donde se apuntaba como comentario "y reitero una vez más mi traslado a Bilbao), conforme en el año 2005 donde el evaluador en comentarios recogía "excelente profesional. Estamos contentos con su trabajo", cumple totalmente en el año 2006 donde como comentario recogía "acercamiento a Bilbao", cumple totalmente en los años 2007 y 2008, rendimiento esperado en el año 2009, 2010 (donde recogía como comentario la demandante que creía que podía soportar toda la presión y ritmo de trabajo), 2011, cumple totalmente en 2012 y 2013 donde se recogía "reubicación en oficina de gran tamaño por stress postraumático generado por atraco en sucursal" y "Operativa que únicamente ha podido desarrollar su trabajo durante 6 meses por baja de enfermedad. Ha cumplido adecuadamente con su trabajo, el tiempo que ha estado en la oficina. Actualmente sigue de baja" (documentos 19 a 30 de la actora).

DÉCIMONOVENO.- Practicados reconocimientos médicos a la trabajadora, concluyeron:

21 de noviembre de 2002, apto para su puesto de trabajo habitual

27 de enero de 2006, no apto según el riesgo inherente al puesto de administrativo-cajero.

4 de octubre de 2006, apto para su puesto de trabajo habitual.

5 de mayo de 2009, apto para el desempeño de puesto de trabajo de administrativo/operativo

7 de mayo de 2013, apto para el desempeño de puesto de trabajo de administrativo/operativo, y como comentario, debe cumplir las restricciones indicadas oír su médico especialista: trabajar en grandes espacios, con muchos compañeros y evitar atención directa al público.

26 de julio de 2013, apto para el desempeño de puesto de trabajo de administrativo/operativo

VIGÉSIMO.- En virtud de escrito de 5/06/2014 la demandada comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, conforme al artículo 52 a) ET , la cual aportada junto con la demanda se da por íntegramente reproducida:

VIGÉSIMOPRIMERA.- La actora se encuentra aliada a CCOO, siendo este hecho conocido por la demandada.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- Se ha celebrado la conciliación previa.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar en su petición subsidiaria la demanda formulada por D^a. Modesta frente a la empresa Banco Santander S.A. y debo declarar y declaro la improcedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral con efectos al 21/06/2014 acordada y en su consecuencia debo condenar y condeno a la empresa a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 69.499,30 euros -con descuento sobre la anterior de la indemnización objetiva percibida por la trabajadora-, y, en caso de optar la mercantil por la readmisión, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 21 de junio de 2014, hasta la notificación de esta sentencia a razón de 95,20 euros/día.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Modesta y por el Banco de Santander SA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 28 de julio de 2015 , en la que, estimando los motivos planteados a tal fin por D^a. Modesta , se procede a la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia en los siguientes términos:

Se procede a modificar el Hecho Probado Primero, siendo su nueva redacción: «...y salario anual de 35.265,03 euros brutos con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.».

Se modifica el ordinal quinto, a fin de corregir un error de transcripción, pasando a decir «...entre los años 2000 y 2005 tal y como...»

Se realizan las siguientes adiciones al Hecho Probado Octavo:

«Por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao se ha dictado la sentencia nº 473/2014, de 11 de diciembre , en el procedimiento de determinación de contingencia 233/2014, que resuelve desestimar la demanda interpuesta



por Umivale, confirmando que la contingencia del periodo de IT iniciado el 12/08/2013 es accidente de trabajo.».

«La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao en el procedimiento de determinación de contingencia 233/2014, ha sido plenamente ratificada por la Sala de lo Social del TSJPV, que confirma el carácter profesional de la baja de la actora, dándose la misma por reproducida».

Finalmente se añaden, con nuevo ordinal, los siguientes hechos probados:

«Con fecha 8 de julio de 2014, D. Casimiro , médico psiquiatra del CSM de Bombero Etxaniz, informa que la actora continuaba en tratamiento psiquiátrico en dicho CSM, por presentar una psicopatología ansioso-depresiva, más intensa desde que fue despedida de su puesto de trabajo, siendo medicada de manera continua con antidepresivos y ansiolíticos».

«El Dr. Mauricio , doctor en medicina y cirugía y especialista en psiquiatría, al que la trabajadora fue derivada por la mutua Umivale, realizó un informe el 13 de abril de 2014, en el que concluye que D^a. Modesta presenta "un trastorno mixto ansioso-depresivo (f41.2 cie-10) en remisión, junto a un trastorno de ansiedad fóbica (f40.0 cie-10), enmarcado en una personalidad de características anancásticas (f60.5 cie-10)". Concluye además que esa psicopatología actual le "permite la incorporación laboral a un puesto de trabajo en el que le sea facilitada una ubicación que le permita sustraerse a la exposición del estímulo fóbico (empleo de cajera o sucursal con pocos trabajadores como por ejemplo menos de tres o cuatro, puesto cercano a la puerta, etc.), como era el último destino en el que se encontraba". Aun así le prescribe continuar con el tratamiento farmacológico y terapia psicológica de apoyo para aprender a enfrentarse a la situación fóbica y mejorar los rasgos de su personalidad».

Dicha sentencia consta del siguiente fallo:

«Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por la empresa Banco Santander SA, y a diferencia del formalizado por D^a. Modesta , que lo asumimos parcialmente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Cinco de los de Bilbao, de 1 de diciembre de 2014 , dictada en el procedimiento; por lo cual, la revocamos también parcialmente, ratificando la improcedencia del despido sufrido por la actora con efectos de 5 de junio de 2014; y, en consecuencia, condenamos a la empresa a que a su opción y en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opción que habrá de efectuarse ante esta Sala, le readmita en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad, o que le abone una indemnización que definitivamente asciende a 76.995,51 euros, y que podrá ser compensada parcialmente con la en su momento entregada; extendiéndose dicha condena, de optarse por la primera de esas alternativas, al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al del despido y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 96,62 euros diarios. Sin costas.».

En fecha 29 de septiembre de 2015 se dictó auto de aclaración de sentencia, cuyo fallo establece:

«Estimar el escrito de complementación formulado por D^a. Modesta , respecto a la sentencia dictada por esta Sala de 28 de julio de 2015 , y en relación a su parte dispositiva, y que quedará definitivamente redactada de la siguiente manera:

"Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por la empresa Banco Santander SA, y a diferencia del formalizado por D^a. Modesta , que lo asumimos parcialmente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Bilbao, de 1 de diciembre de 2014 , dictada en el procedimiento; por lo cual, la revocamos también parcialmente, ratificando la improcedencia del despido sufrido por la actora con efectos de 5 de junio de 2014; y, en consecuencia, condenamos a la empresa a que a su opción y en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opción que habrá de efectuarse ante esta Sala, le readmita en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad, o que le abone una indemnización que definitivamente asciende a 76.995,51 euros, y que podrá ser compensada parcialmente con la en su momento entregada; extendiéndose dicha condena, de optarse por la primera de esas alternativas, al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al del despido y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 96,62 euros diarios. Asimismo, se condena a la empleadora al pago de las costas causadas en la presente instancia; incluidos los honorarios del letrado de la parte actora y que debemos cifrar en 1.000 euros; igualmente perderá las cantidades consignadas y el depósito efectuado con tal fin. Sin costas para la trabajadora.».

TERCERO.- Por la representación de D^a. Modesta se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la recurrente propone como sentencias de contraste para cada uno de los



motivos que expone, las dictadas por el Tribunal Constitucional con fechas de 27 de marzo de 2007, (rec. amparo 1623/2002) para el primer motivo, y de fecha 16 de enero de 2006 (rec. amparo 5174/2001) para el segundo; así como la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C337/11) para el tercero.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 24 de junio de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el indicado traslado sin que se formulara impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente

QUINTO.- Instruída la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Como hemos transcrito, la sentencia recurrida mantiene la declaración de improcedencia del despido, comunicado a la trabajadora con base en el art. 52 a) del Estatuto de los trabajadores (ET), y, frente a ella, es la demandante inicial la que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina con objeto de que se declare la nulidad del citado despido, en base a tres motivos separados.

2. El primero de tales motivos argumenta que el despido es nulo por carecer de causa real. La recurrente sostiene que la verdadera causa del despido la constituyen los «atentados a sus derechos a la igualdad e integridad física... con... cambios de puesto». Niega también que la empresa haya acreditado los hechos alegados en la comunicación.

Conviene recordar que la sentencia recurrida razonaba que la carta de despido contenía datos fácticos y fundamentación jurídica suficiente para negar que pudiera apreciarse una conducta abusiva de la empresa.

3. El motivo no contiene denuncia de infracción legal o jurisprudencia alguna; de hecho, no menciona ninguna norma, salvo el art. 181.2 LRJS, que se cita para señalar que la empresa no probó que existiera una causa real del despido.

Debemos advertir, pues, que la parte recurrente incurre en una falta de fundamentación de la infracción legal cometida por la sentencia impugnada. El recurso incumple el requisito del art. 224.2 LRJS al no razonar sobre la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, mostrando así un defecto insubsanable que, necesariamente, ha de ser determinante de la inadmisión del recurso, como reiteradamente viene declarando esta Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha exigencia «no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (por todas, STS/4ª de 22 febrero 2017, rcud. 2693/2015).

4. Por otra parte, para apoyar la necesidad de unificación de doctrina a la que el recurso está dirigido, la recurrente aporta la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2006, de 16 de enero; sin embargo, no lleva a cabo el análisis preciso y circunstanciado de la contradicción, ya que, como acertadamente indica el Ministerio Fiscal, «apenas existe en el cuerpo del escrito referencia alguna a la sentencia contradictoria».

El art. 219 LRJS exige, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia, de la Sala IV del Tribunal Supremo o, en su caso, del Tribunal Constitucional (TC), Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) -ésta es la concreción de los órganos jurisdiccionales internacionales a los que aboca el apartado 2 del art. 219 LRJS -.

El art. 224.1 a) del mismo texto legal establece, por su parte, que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del art. 221 LRJS, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del art. 219.1 LRJS.

5. Bastan estos argumentos para rechazar el motivo por inadmisibles, no sin señalar que, a mayor abundamiento, la sentencia aportada como referencial se dicta en relación a unos derechos fundamentales



(tutela judicial, igualdad y no discriminación, libertad sindical y derecho al honor) que no están en juego en el presente litigio -o no están en los términos que el motivo pretende poner de relieve- por lo que, en todo caso, el motivo sería asimismo inadmisibles por falta de contradicción.

SEGUNDO.- 1. El segundo de los motivos del recurso se desarrolla bajo el epígrafe: «vulneración del derecho a la integridad física por asignar a la trabajadora un puesto de trabajo que entrañaba una actividad peligrosa para su salud (inversión de la carga de la prueba)», con invocación del art. 96.1 LRJS, en relación con los arts. 14 y 15 de la Constitución (CE). Se reproduce así el mismo motivo de suplicación al que da respuesta la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Decimotercero.

La parte recurrente aporta aquí, como sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Constitucional con el número 62/2007, de 27 de marzo (STC 62/2007), que fue también invocada en el motivo de suplicación aludido.

2. De nuevo se incurre en este motivo en el defecto de falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada sobre el que antes hemos razonado.

El texto del motivo se destina por la parte recurrente a desarrollar los argumentos jurídicos que le sirven para sostener que la actora sufrió discriminación por enfermedad, mas no se efectúa ese análisis de la contradicción exigido por la ley y necesario para poder sustentar el recurso de unificación de doctrina.

3. A mayor abundamiento, y a falta precisamente de esa relación que la parte recurrente debiera haber realizado para justificar el porqué de su alegación de contradicción, la sentencia aportada como referencial otorgaba el amparo por vulneración del art. 15 CE por acreditarse la inactividad o pasividad de la empleadora pese a conocer el riesgo que la asignación de funciones suponía para la situación de embarazo de la trabajadora allí concernida. En el caso presente nos encontramos ante un despido objetivo adoptado por ineptitud sobrevinida, lo que implica la existencia de un sustrato fáctico que no guarda relación alguna con el caso sobre el que se asienta la sentencia del Tribunal Constitucional y por ello resulta difícil establecer el paralelismo necesario para acomodar la doctrina a seguir en ambos casos.

4. Por consiguiente, este motivo ha de seguir igual suerte que el precedente, al no reunir los requisitos procesales mínimos necesarios para que esta Sala pueda entrar a efectuar un examen del núcleo de la impugnación que con él se pretende.

TERCERO.- 1. Por último, el recurso apoya la pretensión de nulidad del despido en la afirmación de la condición de discapacitada de la actora que justificaría, a su entender, la desigual situación en que se halla respecto de otros trabajadores y, por ende, la existencia de un trato discriminatorio por parte de la empresa en la utilización de esta causa extintiva.

2. En defensa de su argumentación, se aporta la STJUE de 11 abril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y 337-11 ("*Ring y Werge*"). En ella el Tribunal de la Unión interpreta la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para perfilar el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Es sobre la delimitación de este concepto sobre el extremo en que, a entender de la recurrente, la sentencia recurrida resulta contraria con la aportada como contraste, en donde, ciertamente, se trata también de trabajadoras despedidas tras haber incurrido en distintas bajas médicas.

3. La sentencia recurrida se apoya en la doctrina de la STS/4ª de 29 enero 2001, que no resulta plenamente coincidente con la que dimana de la sentencia invocada como de contraste. Ahora bien, la Sala vasca no se limita a ese precedente, sino que examina también los pronunciamientos de la sentencia referencial, para rechazar que sea aplicable al caso. Hemos, pues, de desentrañar si esta consideración de la Sala de suplicación se ajusta a Derecho y si, en definitiva, con su conclusión pudiera estar contradiciendo la doctrina del TJUE.

4. En la sentencia referencial el TJUE señala que la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y que, desde entonces, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. 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 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. 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».

Es 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.

A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo recuerda en las STJUE de 18 marzo 2014, *Z*, C-363/12; 18 diciembre 2014, *FOA*, C-354/13; de 1 diciembre 2016, *Daouidi*, C-395/15; y 18 enero 2017, *Ruiz Conejero*, C-270/16.

Precisamente respetando y asumiendo la doctrina del Asunto "Ring" -en referencia al *HK Danmark*, esta Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado ya en la STS/4ª de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad.

4. Pues bien, con independencia de esa evolución conceptual, plenamente acatada tanto por la sentencia recurrida como por esta Sala IV del Tribunal Supremo, lo cierto es que el caso que nos ocupa no guardaría relación con una situación en que el acto al que se atribuye el efecto discriminatorio se produce como única y exclusiva reacción ante la situación de la trabajadora, que es lo que la Directiva proscribire. Ésta contempla la obligación de la empresa de llevar a cabo los ajustes razonables que adapten las condiciones del trabajo a las necesidades de la persona en cuestión.

Es cierto que, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitada de la trabajadora y que el cuadro de afectaciones que presenta a la vista de lo que se declara probado podría justificar esa calificación y la activación, por tanto, de las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar. Pero, aun partiendo de esa perspectiva, estamos ante un supuesto en que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 -así como el art. 2, 4º de la Convención de NU-, que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad.

La STJUE referencial declara que «procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo» (Ap. 57).

De ello cabe colegir que, en un supuesto de despido como el que aquí nos ocupa, la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables.

Precisamente, en el caso de la Sra. Ring -en la sentencia de contraste- se ponía de relieve la falta de ofrecimiento de medida alguna por parte de la empresa.

5. Respecto de la valoración de las medidas de ajuste, el TJUE opta por una definición amplia del concepto, señalando que incluso la enumeración que la propia Directiva 2000/78 hace en su considerando 20º no es exhaustiva y que las mismas pueden ser «de orden físico, organizativo o educativo».

Precisamente en este caso consta en hechos probados que la limitación de la trabajadora se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad específica de la empresa para la que presta servicios. También consta de modo detallado que, por parte de la empresa, se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación.

Recordemos, finalmente, que según el citado art. 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.

6. Por todo ello, se hace difícil aceptar que el fallo de instancia es contrario a la doctrina que se plasma en la sentencia de contraste, pues, aunque partamos de un concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado por la STJUE que se aporta de contraste, la situación de la demandante se aleja de lo que en dicha doctrina europea se indica, de suerte que la decisión judicial impugnada mantiene su adecuación a derecho.

CUARTO.- 1. Debemos, por tanto, desestimar el recurso, tal y como también postula el Ministerio Fiscal.



2. A tenor del art. 235.1 LRJS , no procede la condena en costas de la recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D^a. Modesta contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28 de julio de 2015 (rollo 1280/2015) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Bilbao de fecha 1 de diciembre de 2014 en los autos núm. 764/2014 seguidos a instancia de la ahora recurrente contra Banco Santander S.A. y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS