



Roj: **STSJ GAL 10298/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:10298**

Id Cendoj: **15030340012015107085**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2015**

Nº de Recurso: **3689/2015**

Nº de Resolución: **7395/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2014 0001546

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003689 /2015-CON

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000319 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Estefanía

ABOGADO/A: ANGEL FERNANDO MARTINEZ RANDULFE

PROCURADOR: JAVIER GARAIZABAL GARCIA DE LOS REYES

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: PEUGEOT CITROËN AUTOMOVILES ESPAÑA, S.A.

ABOGADO/A: FRANCISCO EUGENIO PAZOS PESADO

PROCURADOR: RAFAEL FRANCISCO PEREZ LIZARRITURRI

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO GARCIA AMOR

ILMA SRA D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a veintidós de Diciembre de dos mil quince.

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



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003689/2015, formalizado por el/la D/Dª Letrado D. Ángel Fernando Martínez Randulfe, en nombre y representación de Estefanía , contra la sentencia número 319/2015 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000319/2014, seguidos a instancia de Estefanía frente a PEUGEOT CITROËN AUTOMOVILES ESPAÑA, S.A., con intervención del Ministerio Fiscal siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Estefanía presentó demanda contra PEUGEOT CITROËN AUTOMOVILES ESPAÑA, S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 319/2015, de fecha veintisiete de Mayo de dos mil quince .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero .- La demandante D. Estefanía , mayor de edad, viene prestando servicios para la empresa PSA PEUGEOT CITROËN AUTOMOVILES ESPAÑA, S.A desde el día 09-12-99, con la categoría profesional de nivel 5 y un salario mensual de 2.152,20 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. La actora vino prestando servicios en los siguientes periodos: del 09-12-99 a 23-12-99, del 04-01-00 a 28-07-00 de 22-08-00 a 08-11-00, para ser dada de alta nuevamente el 12-11- 00./ **Segundo** .- Por medio de carta de fecha 13-02-14, se le comunicó la rescisión de su contrato, con efectos de 13-02-14 según lo dispuesto en el art. 52,d) del E.T ., por faltas de asistencia que superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en el periodo de doce meses, en los meses de febrero, abril, octubre y noviembre/13, habiendo faltado 22 días laborables, siendo 74 las jornadas que le correspondería trabajar en dichos meses. Damos aquí por reproducido el contenido íntegro de la carta obrante al folio 29 de los autos./ **Tercero** .- La empresa procedió a abonar a la actora la suma de 19.155 euros en concepto de indemnización./ **Cuarto** .- La demandante ha tenido dos ausencias al trabajo por enfermedad los días 18 y 19 de febrero por dolor en trapecio. En el mes de abril inició proceso de I.T. por bronquitis y sinusitis el día 2, permaneciendo en dicha situación hasta el día 15. En el mes de octubre inició proceso de I.T. el día 15, con el diagnóstico de gastroenteritis, finalizando el día 17. Y en el mes de noviembre el día 15 se ausentó durante toda la jornada laboral por enfermedad, iniciando proceso de I-T. el 25, con el diagnóstico de pérdida de conocimiento, siendo dada de alta el día 2 de diciembre./ **Quinto** .- La demandante está diagnosticada de incipientes cambios degenerativos discales con mínima pérdida de señal y mínimo abombamiento discal difuso L3-L4 y L4-L5 sin impronta significativa sobre el conducto raquídeo y sin signos de afectación radicular foramidal. Durante las fases agudas de dolor, ha estado medicada, entre otros fármacos, con Gabapentina, amitriptilina, paracetamol y tramadol, sufriendo efectos secundarios tales como mareos, vómitos, náuseas que el incapacitan temporalmente para su actividad laboral./ **Sexto** .- El 02-11-10 inició proceso de I.T. por contusión en cara, cuello y cuero cabelludo. El 10-01-11 inició proceso de I.T. por gripe, causando alta el 14-01-11.. El 25-03-11 inició proceso de I.T. por espondilosis cervical con mielopatía, siendo dada de alta el 13-04-12, si bien el INSS acordó expedir nueva baja con efectos de 01-06-12 por recaída con prórroga de 180 días. En fecha 20-01-14 inició proceso de I.T. por cervicalgia, siendo dada de alta el 20-02-14./ **Séptimo** .- Presentada la papeleta de conciliación ante el S. M. A. C. el día 26-03-14, la misma tuvo lugar en fecha 01-04-14 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora el día 03-04-14.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que desestimando la demanda interpuesta por Estefanía , contra la empresa PSA PEUGEOT CITROËN AUTOMOVILES ESPAÑA, S.A. respecto a la nulidad y/o improcedencia de la extinción, se declara conforme a derecho la misma, condenando a la empresa a abonar a la actora la suma de 1.170 euros en concepto de diferencia de indemnización.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Estefanía formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 17 de agosto de 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22 de diciembre de 2015 para los actos de votación y fallo.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda de la trabajadora por despido si bien condenó a la empresa demandada a abonarle 1.170 euros por diferencias en concepto de indemnización.

La demandante interpone suplicación contra dicho pronunciamiento; recurso que es impugnado de contrario. A tal fin, solicita revisar los hechos probados y el derecho que aplicó, por entender que vulnera: **A]** Los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78/CE en relación con los artículos 27.1.a) de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre derechos de las personas con discapacidad, 10 y 14.2 de la Constitución (C), 4.2.c), 17.1 y 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues su despido por faltas de asistencia al trabajo, en cuanto persona con discapacidad por patología cervico-lumbar admitida por la empresa, incurable y que repercute en sus ausencias laborales impidiéndole el ejercicio pleno de su actividad profesional, constituye una medida discriminatoria, sin que el despido obedezca a absentismo laboral -apreciado en la instancia-, pues su enfermedad fue la causa del absentismo y del despido, como resulta de la comunicación extintiva al identificar los días de ausencia al trabajo (febrero/diciembre 2013) con situaciones de enfermedad o de incapacidad temporal (IT). **B]** Los artículos 55.5 y 6 ET, 108.2 y 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), pues el despido es nulo al haberse producido con violación del derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por su condición de 'discapacidad'. **C]** Subsidiariamente y con reposición de los autos al momento de dictarse la sentencia, el artículo 14 C en relación con los artículos 24.1, 120.3 del mismo texto legal y 97.2 LRJS, pues solicitada la protección judicial del derecho a no ser discriminada por su condición de 'discapacidad', la decisión judicial de instancia guarda silencio sobre la normativa alegada respecto del particular (arts. 14 C y Convención ONU), limitándose a concluir en que la extinción contractual no está motivada por la enfermedad sino por el absentismo. **D]** Subsidiariamente, el artículo 52.c) ET, pues las ausencias al trabajo no alcanzan el 25% sino el 19% que determinaría la improcedencia del despido.

SEGUNDO.- Las pretensiones fácticas son:

A] El HP 5º dice: "La demandante está diagnosticada de incipientes cambios degenerativos discales con mínima pérdida de señal y mínimo abombamiento discal difuso L3-L4 y L4-L5 sin impronta significativa sobre el conducto raquídeo y sin signos de afectación radicular foraminal. Durante las fases agudas de dolor, ha estado medicada, entre otros fármacos, con gabapentina, amitriptilina, paracetamol y tramadol, sufriendo efectos secundarios tales como mareos, vómitos, náuseas que le incapacitan temporalmente para su actividad laboral".

Sugiere añadir: "- Esta paciente ha sido una persona (que) siempre ha sido diagnosticada, siempre ha sido tratada por dolores incapacitantes en la columna lumbar y dorsal. Tiene esta patología, una patología crónico degenerativa, sobre todo en L4, L5, L5-S1. - La clínica es evidente. Es una clínica incapacitante de dolor recurrente. - Tiene fases de reagudización clínica.

- Esta dolencia son procesos crónicos y degenerativos; crónicos es que no se curan y degenerativos es que suelen ir a peor. - Lógicamente, le incapacitan ocasionalmente para la actividad laboral que tenía la paciente, lo que repercute en ausencias, como está descrito y aquí documentado a través de las bajas recurrentes de la paciente. - En las fases de remisión en que la lesión no manifiesta dolor, el desarrollo de un trabajo que no requiere esfuerzo físico sí es posible con normalidad. - No puede estar en el trabajo con la misma plenitud diaria que una persona normal o que una persona que falta (al trabajo) por una enfermedad que llamamos simple, como una pulmonía. - La clínica requeriría de la medicación que también está descrita en el informe. - Cuando toma, lógicamente, amitriptilina y sobre todo tramadol, los episodios, lógicamente, de náuseas, confusión, etc. son no solamente posibles, sino que no son frecuentes; muy probables con las dosis que tomaba la paciente. - Estos episodios por los que tiene que interrumpir su prestación de trabajo no necesariamente tiene que durar forzosamente más de 20 días. Es raro que pudiese persistir más de 6 o 7 días con los efectos de la medicación. - Un dolor en el trapecio derecho tiene que ver con las limitaciones que tiene la paciente, a veces sí, por descompensación. La patología del trapecio mayor es por compresión de tipo cervical"; se basa en la pericia médica practicada en juicio.

No se acepta, porque junto a numerosas expresiones que contiene la alternativa propuesta que son ajenas a la objetividad que exclusivamente informe el relato fáctico y, por tanto, incompatibles con los artículos 193.b) y 196.3 LRJS y con la jurisprudencia (TS s. 21-5-2015 r. 257/2014), el hecho de impugnación reproduce el dictamen técnico que el perito médico propuesto por la actora-recurrente suscribió el 24-4-2014 (folio 202) y que ratificó en el acto de juicio (folio 313).

B] El HP nuevo siguiente (5º bis): "El 2.6.11 la Mutua Universal con la que tiene el pertinente concierto la empresa demandada, le diagnostica a la actora la siguiente enfermedad: <<Hernia discal postero-central y lateral derecha C6-C7 con potencial efecto compresivo radicular. Rectificación de la lordosis cervical fisiológica. Cambios espondilóticos de intensidad moderada en espacios C5-C6 y C6-C7 destacando la



presencia de osteofitos marginales posteriores que obliteran el espacio subaracnoideo anterior>>. Y el día 12-9-2011 el Servicio Galego de Saúde (SERGAS) certifica el siguiente diagnóstico: <<Cambios degenerativos en columna lumbar, con afectación espónilo-discal e interapofisaria. Hernia discal paramedial derecha L3-L4>>. En cuanto a las ausencias consignadas en la carta, pero no computadas a efectos del despido, cumple señalar lo siguiente: - de 25.3.11 a 13.4.12 (383 días): IT por causa de espondilosis cervical con mielopatía. - de 1.6.12 a 31.10.12 (153 días): nueva baja médica por las mismas causas que el proceso anterior, prórroga por plazo máximo de 180 días".

No se admite: Primero, porque los diagnósticos sugeridos (folios 198 y 199 omitidos) son notoriamente anteriores a la fecha del despido así como incompatibles con la identificación e intensidad clínica del padecimiento osteoarticular fijados por la posterior pericial médica practicada a solicitud de la demandante. Segundo, porque, dichos informes -únicos alegados- nada dicen sobre las bajas laborales propuestas.

TERCERO.- Resumen de hechos probados, antecedentes de la decisión a adoptar:

I/ La demandante presta servicios para PSA Peugeot Citroën Automóviles España SA desde el 9-12-99, grup. prof. horario nivel 5, salario de 2.152'20 euros.

Con efectos de 13-2-2014 la empresa le comunicó la extinción del contrato por faltas de asistencia al trabajo, abonándole 19.155 euros como indemnización.

II/ El 2-11-2010 inició IT por contusión en cara, cuello y cuero cabelludo.

Permaneció en IT durante los siguientes períodos: 10/14-1-2011 por gripe; 25-3/13-4-12 por espondilosis cervical con mielopatía, y nueva baja el 1-6-2012 por recaída con prórroga de ciento ochenta días; 18/19-2-2013 por dolor en trapecio; 2/15-4- 2013 por sinusitis; 15/17-10-2013 por gastroenteritis; el 15-11-2013; 2/15-12-2013 por pérdida de conocimiento; 20-1/20-2-2014 por cervicalgia.

III/ Está diagnosticada de cambios degenerativos discales incipientes, mínima pérdida de señal y mínimo abombamientos discal difuso L3L4-L4L5 sin impronta significativa sobre el conducto raquídeo ni signos de afectación radicular foraminal; en las fases agudas, el tratamiento observado le produjo mareos, náuseas y vómitos, incapacitándole temporalmente para ejercer su actividad laboral.

CUARTO.- La sistemática procesal impone resolver previamente la primera denuncia que, con carácter subsidiario, expone la suplicación.

- El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener una resolución fundada en derecho (TC s. 15-2-90). Son principios de tal deber judicial: A] La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no comporta que el Juez deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido, ni un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada; basta que la argumentación vertida, con independencia de su parquedad o concentración, cumpla la doble finalidad de exteriorizar el motivo de la decisión, su 'ratio decidendi', excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad y que permita su eventual revisión jurisdiccional a través del efectivo ejercicio de los recursos establecidos (TC s. 27-3-2000). B] La exigencia del artículo 359 (hoy, 209.4ª) LEC de que todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate y de que sean congruentes con las demandas y con las demás pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, no implica un ajuste literal a las pretensiones, dada la potestad judicial para aplicar la norma correcta, lo que supone el deber judicial de dar respuesta adecuada y congruente con respecto a los hechos que determinen la 'causa petendi', de tal modo que sólo ellos, junto con la norma que les sea correctamente aplicable, sean los que determinen el fallo. El posible incumplimiento de la obligación de congruencia que impone el artículo 218 LEC debe valorarse siempre en términos de comparación entre la pretensión procesal de las partes -lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir y hechos constitutivos- y la respuesta o fallo judicial; pronunciamiento último en el proceso que debe guardar la debida correlación con la petición y causa de pedir del actor y con la resistencia del demandado. En consecuencia, hay que analizar si la sentencia tachada de incongruente, ha concedido más de lo pedido por el actor -'ultra petitum'-, o si lo otorgado ha sido por diferente causa a la alegada en la demanda -'extra petitum'-. En relación a tal deber judicial, el Tribunal Constitucional (TC s. 29-6-98) declara que el principio de congruencia obliga a los órganos judiciales a decidir conforme a lo alegado, sin que les sea permitido otorgar más de lo pedido, ni menos de lo resistido por el demandado, así como tampoco cosa distinta de lo solicitado por las partes; el Tribunal Supremo (TS s. 5-6- 2000) afirma que prohíbe a los jueces y tribunales modificar y alterar los términos del debate procesal y, consecuentemente, asumir la iniciativa para pronunciarse sobre pretensiones que por ser 'extra petitum', invaden frontalmente el derecho de defensa contradictorio de las partes, a quienes se les priva de la facultad de alegar lo que a su derecho proceda, o lo que estimen conveniente a sus intereses.



La jurisprudencia (TS s. 12-5-2003) afirma que las decisiones judiciales no deben estar apoyadas necesariamente en razonamientos jurídicos que a las partes en el proceso les parezcan suficientes sino que, conforme a doctrina constitucional (TC s. 19-6-95), el vicio de incongruencia es apreciable en las sentencias que omiten la respuesta razonada a las pretensiones ejercitadas, porque el artículo 24 C no garantiza una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de manera que si se aprecia un ajuste sustancial entre lo pedido y lo resuelto y se da solución a todas las pretensiones, no es de apreciar la incongruencia aunque falten argumentos pormenorizados para cuestiones concretas.

La nulidad de actuaciones, efecto de la falta de motivación de las decisiones judiciales, es un remedio procesal extraordinario, por tanto excepcionalmente aplicable, que exige, entre otros presupuestos, se haya ocasionado indefensión.

- Indefensión ahora inapreciable, porque aunque la sentencia de instancia, aunque no estableciera razonamientos sobre algunos textos legales invocados por la demandante, lo cierto es que no le ocasionó perjuicio o menoscabo de su derecho de defensa, como revela la formulación por su parte y en el presente trámite, de las alegaciones, fácticas y jurídicas, que estimó oportunas; menos aún porque la indefensión sólo está constitucionalmente tutelada si es cierta, definitiva, imputable al órgano judicial y determinante de un perjuicio -indefensión material- para quien la afirma, de modo sólo la indefensión material y no la meramente formal o procesal es tutelable, al ser preciso que la misma haya tenido incidencia en el fallo, lo que ahora no acontece. En tal sentido, la indefensión no es apreciable cuando "ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos", por lo que "no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (TC s. 1-10-90).

QUINTO.- Esencialmente, el recurso se proyecta a determinar si, como entiende la trabajadora demandante, el despido, motivado por sus bajas laborales al amparo del artículo 52.d) ET , es o no discriminatorio por causa de discapacidad.

A tales efectos y como presupuesto de la decisión a adoptar, hemos de concretar el término discapacidad y diferenciarlo de la enfermedad:

- Conforme al artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29-11 (Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social), éstas son quienes "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".

- Según el artículo 1 de la Convención ONU de 13-12-2006 (Derechos de las personas con discapacidad, BOE 21-4-2009), éstas son 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".

- Por su parte, la Directiva 2000/78/CE de 27-11 (Establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOL 2-12-2000) dispone: "tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos.....de discapacidad,.....con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato" (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 el ámbito de la jurisprudencia comunitaria, el TJCE afirma: El concepto de discapacidad no viene definido en la propia Directiva, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto..... La Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el



ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad..... En este contexto, debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de discapacidad, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos..... La Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad. De las consideraciones anteriores resulta que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.....

- Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. - La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate. - 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 prohíbe toda discriminación (s. 11-7-2006; asunto C-13/2005). La discapacidad es un concepto que se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.....las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo»..... no se aprecia que la sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad..... Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable 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, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78..... 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..... La circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de discapacidad [pues]. una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional..... el concepto de discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad..... Además, la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de discapacidad en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de ésta. Conforme al decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 , estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad. Por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad. Asimismo, las medidas o los ajustes a que se refiere el vigésimo considerando de la Directiva permiten respetar la obligación que emana del artículo 5 de dicha Directiva, pero son aplicables sólo a condición de que exista una discapacidad.....[En definitiva] el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 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 (s. 11-4-2013 ; asuntos C-335, 337/2013).

Esta última sentencia amplía el alcance de la de 11-7-2006 citada, incluyendo la enfermedad en el término discapacidad. Y, en consecuencia, para el TJCE la Directiva 2000/78 se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando esas bajas por enfermedad son "atribuible[s] total o



parcialmente a su discapacidad", ya que "un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad" y, por tanto, una normativa nacional "puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 ". En suma, "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 ... si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad ... 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"; que es justo la labor que corresponde a este Tribunal.

SEXTO.- En el presente caso, no existe duda acerca de la situación patológica de la actora, que padece dolencias lumbares, en cuyas fases agudas de dolor ha estado medicada con diversos efectos secundarios. Conclusión que, debatiéndose como pretensión principal la nulidad del despido, acata la doctrina del Tribunal Constitucional cuando, desde la sentencia 38/91 , resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba y declara que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica.

Además, existen otros datos importantes; así: a) La circunstancia de que a la recurrente se le adaptó el puesto de trabajo, aunque para el TJCE "la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de discapacidad..... precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas". b) La apreciación que efectúa la juzgadora de instancia con relación al estado físico de la demandante, relativa a que sus padecimientos pueden ser crónicos, pero no graves, por cuanto que la constatación de la discapacidad exige que las dolencias sean "previsiblemente permanentes", como ahora acontece.

Por tanto, afirmada la condición de 'discapacitada' de la actora, queda por determinar si la extinción de su contrato, con base en el artículo 52.d) ET , vulnera o no la jurisprudencia comunitaria en el sentido ya expresado, es decir, si el precepto estatutario puede implicar una discriminación contra las personas discapacitadas, pues de ser así la decisión empresarial extintiva debería reputarse como despido nulo:

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo. En consecuencia, el precepto estatutario puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 ; de ahí que se haga preciso examinar si esta diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador.

La modificación del artículo 52 d) ET no responde totalmente a las normas que la llevaron a efecto (RD 3/2012 de 10-2 y Ley 3/2012 de 6-7 -Medidas urgentes de reforma del mercado laboral-), en cuanto limitadas a la genérica finalidad de "favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral". Sin embargo, el propio TJUE reconoce que "los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación no sólo en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo", pero en cualquier caso "hay que comprobar si los medios para la consecución de estos objetivos son adecuados y necesarios y si no exceden de lo requerido para alcanzarlos", correspondiendo en cualquier caso a este Tribunal "examinar si el legislador ..., al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad".



A tal fin, las particularidades siguientes: a] La jurisprudencia, cuando tras declarar que "las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades", indica que "a la vista de la S.T.J.U.E. de 11 de abril de 2013 hay que matizar o precisar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación" (TS s. 25-11-2014, r. 2344/2013). b] El Convenio 158 de la OIT, cuando afirma que "la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo" (art. 6.1), o que "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" (art. 10). c] La doctrina del Tribunal Constitucional (s. 62/2008) que, ante un un despido motivado por las dolencias físicas del trabajador entendió que "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", lo cual ocurriría "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".

SÉPTIMO.- La normativa y las resoluciones judiciales reseñadas en los dos fundamentos de derecho que preceden, nos llevan a declarar la nulidad, por discriminatoria, de la decisión empresarial extintiva del contrato de la actora-recurrente.

Es cierto que sus faltas de asistencia al trabajo no aparecen ligadas, en su totalidad, a su discapacidad, pero también es verdad que, al menos, dos de ellas sí han tenido por causa su patología lumbar y el tratamiento paliativo que observó, lo que no impide apreciar que el despido litigioso supone una diferencia de trato (discriminación) indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que: a] Entender como únicamente ponderables los procesos patológicos derivados de la enfermedad incapacitante, podría encubrir una conducta censurable desde la óptica constitucional. En este aspecto, el transcrito concepto de discapacidad (deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes) trasciende la previsión del artículo 52.d) ET , en cuanto limitado a trabajadores con un "tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave". b] La doctrina de suplicación (p.ej. TSJ Islas Canarias s. 25-1-2011, r. 204/2010) refiere, en supuesto análogo al presente, que la decisión empresarial extintiva de la relación laboral con causa única en las bajas del trabajador "deja de lado, pues, la consideración del trabajador como persona, como ser humano....."; recordando que el artículo 41 C consagra el derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica que informa el sistema jurídico, la enfermedad como factor discriminatorio concurre cuando se den circunstancias "en las que resulte apreciable el elemento de segregación ... y ello sucederá en los casos de enfermedades que supongan socialmente un estigma, pero puede suceder también en aquellos casos en que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo; es decir, se le discrimine por estar enfermo, con independencia del tipo de enfermedad. No parece coherente que la Constitución proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia -siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (art. 15) el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (art. 40) el derecho a la protección de la salud (art. 43.1) el derecho al trabajo (art. 35) el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2) - y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo".

OCTAVO.- El criterio que adoptamos excluye cualquier pronunciamiento sobre la segunda pretensión subsidiaria de recurso.

NOVENO.- De acuerdo con el artículo 55.6 ET , la nulidad del despido implica la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, por importe diario de setenta y un euros con setenta y cuatro céntimos (71'74 €/día), sin perjuicio de lo ya abonado por la empresa en concepto de indemnización (HP 3º).

Por todo ello,



FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a. Estefanía contra la sentencia del Juzgado de lo Social n^o 4 de Vigo, de 27 de mayo de 2015 en autos n^o 319/2014, que revocamos, acogemos su demanda contra PSA Peugeot Citroën Automóviles España SA, declaramos despido nulo la extinción de su relación laboral acordada por la empresa, a la que condenamos a la readmisión inmediata de la trabajadora y a abonarle los salarios dejados de percibir, por importe diario de setenta y un euros con setenta y cuatro céntimos (71'74 €/día), sin perjuicio de lo ya abonado por la empresa en concepto de indemnización.

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 n^o **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n^o 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 37 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 37 **** ++**).

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.