



Roj: **STS 1736/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1736**

Id Cendoj: **28079140012020100348**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2020**

Nº de Recurso: **2684/2017**

Nº de Resolución: **387/2020**

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

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1865/2017,**
STS 1736/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2684/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 387/2020

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 22 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jose Carlos , representado y asistido por la Letrada D.^a. M.^a Juncal López Aranjuelo, contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de mayo de 2017 en recurso de suplicación nº 906/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Donostia, en autos núm. 585/2016 seguidos a instancia de D. Jose Carlos contra Trans Kotenord S.L. y el Fondo de Garantía Salarial.

Ha comparecido como parte recurrida Transkontenord S.L. representada por la Procuradora D.^a. Iciar de la Peña Argacha y asistida por el Letrado D. J. Joaquín Calafel Tellería.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de enero de 2017 el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Donostia dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"PRIMERO.- Jose Carlos , con DNI NUM000 , ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada con la categoría de conductor mecánico, con antigüedad desde el 18 de junio de 2013, y un salario mensual bruto incluidas las pagas extras de 1.784,05 euros.

SEGUNDO.- El día 20 de septiembre de 2016 la demandada remitió al actor un burofax que no fue notificado hasta el día 26 de septiembre por ausencia del actor, en el que le comunicaba la extinción de la relación laboral con efectos desde el 14 de septiembre de 2016 por diferencias insostenibles con la dirección de la empresa (folio 46 y ss).

TERCERO.- El 22 de julio de 2016 la parte actora contrajo matrimonio civil (incontroverso).

CUARTO.- El actor estuvo en situación de IT por accidente de trabajo, ocurrido el 20 de abril de 2016, en los siguientes periodos: del 6 al 12 de junio de 2016; del 17 de junio al 8 de septiembre de 2016; desde el 26 de septiembre de 2016 hasta, cuando menos, la fecha de celebración de la vista (folios 57 y ss).

QUINTO.- Entre el 11 y el 23 de septiembre de 2016 el actor estuvo en Rumanía (incontroverso).

SEXTO.- En el desempeño de sus funciones el actor dejó de percibir las siguientes cantidades:

.- 197,72 € por 4 días no disfrutados de vacaciones.

.- 741,45 € por 15 días de permiso de matrimonio no disfrutado.

.- 98,86 € por paga extraordinaria de navidad devengada en 12 días.

.- 293,25 € por salarios del mes de septiembre de 2016.

SÉPTIMO.- El actor percibió la cantidad de 625,49 € netos por 14 días de septiembre 2016, devengándose 460,38 € brutos por 8 días de IT, y 299,91 € de salario (folios 44-45).

OCTAVO.- Resulta aplicable el Convenio colectivo de Transkontenord S.L. publicado el 1 de diciembre de 2014, al cual se remite esta resolución.

NOVENO.- Se ha intentado acto de conciliación entre las partes con el resultado de sin avenencia conforme obra al folio 24.

DÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación de los trabajadores (incontroverso)."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por Jose Carlos frente a Transportes Trans-Kontenord S.L., y en su virtud:

1.- Declaro improcedente el despido sufrido el 20 de septiembre de 2016, debiendo la demandada optar en el plazo de 5 días entre la readmisión con abono de los salarios de tramitación a razón de 58,64 €/día o a indemnizar al actor con la cantidad de 6.451,50 €.

2.- Condeno a la demandada al pago de la cantidad de 1.331,28 € brutos.

3.- La anterior cuantía se incrementará con los intereses prevenidos en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

4.- Frente al Fogasa no se hace pronunciamiento alguno sin perjuicio de sus responsabilidades legales al amparo del art. 33 ET."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Jose Carlos ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2017, en la que, estimando el motivo planteado a tal fin, se procede a la revisión del Hecho probado tercero a fin de añadir "que la categoría profesional es de conductor mecánico en ruta".

Dicha sentencia consta del siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don Jose Carlos , frente a la sentencia de 12 de enero de 2017 del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia-San Sebastián, en autos nº 585/16, confirmando la misma en su integridad."

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

En el escrito de interposición del recurso la parte recurrente solicitó la incorporación de documentos al amparo del art. 233 LRJS, lo que fue admitido por Auto de esta Sala de 15 de febrero de 2018.



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) -y tras ser requerido para que seleccionara una sentencia de contraste entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso, advirtiéndole de que, en caso contrario, se solicitaría de oficio la expedición de la certificación de la sentencia más moderna de las señaladas- el recurrente propuso, como sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, (asunto Daouidi, C-395/17).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 7 de junio de 2018 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.

Presentado escrito de impugnación por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de abril de 2020.

De conformidad con lo previsto en el art. 19.3 y la Disposición transitoria primera 1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 abril, la deliberación que ha llevado a cabo la Sala para la decisión del presente recurso ha tenido lugar en régimen de presencia telemática.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina que ahora presenta el trabajador demandante frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 mayo 2017 (rollo 906/2017) persigue la declaración de nulidad del despido de que fue objeto por parte de la empresa demandada. El Juzgado de lo Social nº 2 de los de Donostia/San Sebastián dictó sentencia el 12 enero 2016 (autos 585/2016) estimando sólo en parte la demanda rectora de este procedimiento y calificando el despido de improcedente. Dicho pronunciamiento ha sido confirmado por la sentencia ahora recurrida.

El trabajador, conductor mecánico en ruta, prestaba servicios para la empresa demandada desde el 18 de junio de 2003, siéndole comunicado el despido "por diferencias insostenibles con la empresa" (sic) con efectos de 14 septiembre 2016; si bien la empresa reconoció la improcedencia del despido. Consta acreditado, que el demandante había sufrido un accidente de trabajo el 20 de abril de 2016; si bien es ésta una fecha incierta puesto que el propio trabajador solicitó en suplicación que se corrigiera por la de 20 de abril de 2005, consignando la Sala de suplicación que existían documentos en las actuaciones que indicaban que el año era 2005 y otros que era 2015. Ello evidencia que, en todo caso, el accidente no estaría conectado con la circunstancia de que el trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal (IT) en los periodos del 6 al 12 de junio de 2016 y del 17 de junio a 8 septiembre de 2016. Asimismo, se declara probado que el actor estuvo de baja con posterioridad al despido desde el 26 de septiembre hasta -al menos- el día del juicio (que tuvo lugar el 24 de noviembre de 2016).

Conviene recordar que el recurrente fue declarado en situación de incapacidad permanente total por resolución del INSS de 15 de julio de 2017.

Tanto la sentencia del Juzgado como la recurrida rechazan que quepa apreciar discriminación por razón de la enfermedad, sin que conste tampoco que la situación del trabajador sea susceptible de ser calificada como de discapacidad.

2. El recurrente invoca, como sentencia contradictoria a los efectos de acceder a la casación unificadora, la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 1 diciembre 2016, Daouidi, C- 395/17.

Se trata de una sentencia que da respuesta a una cuestión prejudicial española en que se suscitaba el concepto de discapacidad a los efectos de la interdicción de discriminación establecida en 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.

3. Esta Sala ha llevado a cabo un análisis específico de la contradicción cuando la misma se afirma en relación con sentencias dictadas por los Tribunales a los que se refiere el art. 219.2 LRJS, introducida por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 36/2011 (LRJS). En relación a la metodología que esta Sala IV del Tribunal Supremo debía utilizar para efectuar el necesario término de comparación entre doctrinas que pueda conducir a la admisibilidad del recurso, hemos indicado que, en estos casos en que se aporte como sentencia contradictoria un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales indicados en el precepto, el análisis de las identidades deberá efectuarse igualmente con arreglo al apartado 1 del mismo art. 219 LRJS, pues el hecho de que el legislador haya relajado la contradicción no significa que la misma haya desaparecido, ya



que el contraste de doctrinas se permite siempre que se cumplan los presupuestos del apartado 1 del art. 219 LRJS (STS/4ª de 6 julio 2015, rcud. 1758/2013). No obstante, teniendo en cuenta las singularidades del procedimiento en el que se dicta la sentencia invocada de contraste. Por ello, no será suficiente con que se invoque el mismo precepto sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección. Así lo indicábamos en la STS/4ª de 14 noviembre 2014 (rcud. 1839/2013) en un supuesto en que se aportaba una sentencia del Tribunal Constitucional, en donde precisábamos que "no es necesario que las pretensiones sean idénticas, aunque sí los debates sobre vulneración del derecho; desde la perspectiva del derecho constitucional invocado, las situaciones sí han de ser homogéneas pues de lo contrario no podía hablarse de contradicción entre doctrinas. En suma, no se exige la identidad integral habitual ("hechos, fundamentos y pretensiones") pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado)". En el mismo sentido, nos hemos pronunciado en las STS/4ª de 20 enero 2015 (rcud. 740/2014) y 30 noviembre 2016 (rcud. 1307/2015), así como en la STS/4ª/Pleno de 19 octubre 2016 (rcud. 1650/2015).

4. Todo ello obliga al estudio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuya doctrina se invoca para la contradicción desde esa perspectiva, teniendo en consideración que una respuesta afirmativa conllevaría imperiosamente la necesidad de determinar si la sentencia recurrida en este caso se aparta de una aplicación del Derecho respetuosa con el Derecho de la Unión.

La STJUE Daouidi sostiene que el hecho de que el interesado se halle en situación de IT a causa de un accidente trabajo, con arreglo al Derecho nacional, y que ésta sea de duración incierta, no significa que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera con arreglo a la definición de discapacidad mencionada por la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad. Razona el Tribunal de la Unión que, entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la discapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Añade la STJUE en cuestión que, para comprobar el carácter duradero, el juez o tribunal debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Es desde el respeto a esa doctrina que vamos a dar respuesta al recurso que ahora se nos plantea.

SEGUNDO.- 1. La parte recurrente denuncia, en esencia, la infracción de los arts. 17.1, 53.4 y 55.3.4 y 5 del Estatuto de los trabajadores (ET), el Convenio nº 158 OIT y la Directiva 2000/78.

2. Como acertadamente razona la sentencia recurrida, que toma en consideración la propia STJUE Daouidi, la situación de IT no puede servir para llevar a considerar al trabajador como afecto de una discapacidad como factor de protección frente a la discriminación. Hemos, pues, de desentrañar si esta consideración de la Sala de duplicación se ajusta a Derecho y si, en definitiva, con su conclusión pudiera estar contradiciendo la doctrina del TJUE.

En la sentencia de contraste el Tribunal de la Unión recogía lo que ya había afirmado en la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark ("Ring y Werge"), C-335/11 y 337-11, en la que había perfilado el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Por vez primera el TJUE señalaba que, tras la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) que aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, 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, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

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



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

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

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

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

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

6. Lo dicho nos conduce a la desestimación del recurso, sin que quepa imposición de costas dado el tenor del art. 235.1 LRJS, en relación con el art. 2.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jose Carlos contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación 906/2017, seguido frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Donostia/San Sebastián de 12 de enero de 2017, dictada en los autos 585/2016 incoados a instancia del aquí recurrente frente a TRANS KONTENORD, SL y en la que ha sido parte el Fondo de Garantía Salarial. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga Dª María Lourdes Arastey Sahún D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer Dª. Concepción R. Ureste García