



Roj: **STSJ AS 2094/2018 - ECLI:ES:TSJAS:2018:2094**

Id Cendoj: **33044340012018101588**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **233/2018**

Nº de Resolución: **1515/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01515/2018

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33004 44 4 2017 0000772

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000233 /2018

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000388 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE: Abelardo

ABOGADO: IVÁN MENÉNDEZ FERNÁNDEZ

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDOS: CARROCERIAS BALAGUER AUTOS S.L, Alexander , MINISTERIO FISCAL

ABOGADA: SARA GÓMEZ MARTÍNEZ

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº 1515/18

En OVIEDO, a cinco de junio de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a. MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 233/2018, formalizado por el Letrado IVÁN MENÉNDEZ FERNÁNDEZ, en nombre y representación de Abelardo , contra la sentencia número 419/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de AVILÉS en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 388/2017, seguido a instancia de Abelardo frente a CARROCERÍAS BALAGUER AUTOS S.L, Alexander y MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado- Ponente el **Ilmo. Sr. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Abelardo presentó demanda contra CARROCERÍAS BALAGUER AUTOS S.L, Alexander y MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 419/2017, de fecha siete de diciembre.

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

1º.- D. Abelardo , provisto de NIF nº NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de CARROCERÍAS BALAGUER AUTOS S.L. con la categoría de oficial de 1ª y antigüedad de 14-1-2015 (incontrovertido).

2º.- En fecha 12-5-2017, CARROCERÍAS BALAGUER AUTOS S.L. comunicó por escrito a D. Abelardo su despido por causa disciplinaria invocando los arts. 46. 11 , 13 y 48 del Convenio aplicable y 54.2 del ET , reprochándole una serie de desaires, faltas graves de respeto y malos tratos de palabra (la carta de despido obra en el folio 6, que se da íntegramente por reproducido).

3º.- D. Abelardo causó baja por IT el día 7-2-2017 bajo el diagnóstico de fístula anal carcinoma epidermoide y previsión de duración media, permaneciendo actualmente en dicha situación (folio 34).

4º.- No consta que el trabajador ostente o haya ostentado cargo alguno de representación del personal en la empresa en el año anterior al despido (no controvertido).

5º.- El 29-5-2017 tuvo entrada en la UMAC papeleta de conciliación, intentándose sin avenencia acto de conciliación el 12-6-2017 (folio 5).

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que, estimando la demanda que da origen a estas actuaciones, en su petición subsidiaria, declaro improcedente el despido de D. Abelardo ocurrido el 12-5-2017, condenando a CARROCERÍAS BALAGUER AUTOS S.L. a que le abone una indemnización de 4.36051 euros, con la libre absolución de D. Alexander .".

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Abelardo 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 en fecha 26 de enero de 2018.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de marzo de 2018 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 dirección letrada del actor interpone recurso frente a la sentencia de instancia que, estimando en parte su demanda, declara que fue objeto de un despido improcedente.

El recurso contiene un único motivo en el que, al amparo del art. 193 c) LJS, denuncia la infracción de los arts. 14 y 15 de CE y de los arts. 4-2 c) y d) y 17 de ET , así como de los criterios emanados de la sentencia del TJUE C-395/15 de 1 de diciembre de 2016.

Alega al efecto que tal como figura en el hecho probado tercero de la sentencia, el trabajador causó baja por IT el 7 de febrero de 2017 a causa de un cáncer-fístula anal carcinoma epidermoide-permaneciendo a la fecha de dictar sentencia en tal situación, siendo despedido el 12 de mayo de 2017 .



El recurso transcribe a continuación fundamentos de derecho de la citada sentencia que es posterior a la STS de 3-5-16 desde cuya perspectiva analiza la de instancia la nulidad del despido formulada en la demanda y alega que la doctrina que contiene sobre limitación duradera es aplicable al caso puesto que obran en autos informes del HUCA que acreditan el detalle de las lesiones que presentaba el actor al momento de ser despedido, por lo que en aquella fecha era conocida la lesión, evolución y pronóstico máxime tratándose de un pequeño taller de coches en un pueblo y con una plantilla corta y añade, como dato relevante, que la RNM en la que se diagnostica el cáncer es de mayo de 2017 y el despido del día 12 del mismo mes lo que acredita el conocimiento del cáncer por el empresario y constituye un indicio de discriminación del art. 181-2 de LJS, sobre el que la empresa no ha aportado ninguna justificación objetiva ni razonable.

Finalmente respecto del carácter duradero de la lesión entiende el TJUE que debe apreciarse cuando la misma se pueda prolongar significativamente antes del restablecimiento de la persona, circunstancia que aquí concurre teniendo en cuenta que la IT se inicia el 7-2-17 y que al momento de dictarse sentencia el 7 de diciembre de 2017 habían transcurrido 303 días, lo que constituye el 83,01% del plazo máximo de la IT previsto en el art. 169-1 a) de LGSS y por todo ello estima que, teniendo en cuenta los criterios manifestados por el TJUE en la sentencia invocada, se debe llegar a la conclusión de que el despido del actor es nulo.

SEGUNDO.- En primer lugar cabe decir que el actor no aporta indicios de discriminación pues si bien se trata de una pequeña empresa no consta probado que la empresa en el momento de despedir al trabajador tuviera conocimiento de la enfermedad que había dado lugar al proceso de incapacidad temporal.

Dicho esto hay que señalar en relación con la alegada doctrina del TJUE sobre la materia litigiosa, que la reciente sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo del pasado 18 de marzo ha declarado lo siguiente: "la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que sucesivas resoluciones del TJUE pudieran tener en litigios sometidos a nuestra consideración pudiendo citar las recaídas el 30 de mayo de 2016 (Rcud. 3348/2014), 21 de septiembre de 2017 (Rcud. 782/2016). Las citadas resoluciones se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de junio de 2006 en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013- asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016, asunto **Daouidi**- C 345/15). Con posterioridad el TSJUE ha incidido nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero- C 270/16 , que reitera el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.

En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C- 13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C- 335/11 y C- 337/11 (Ring) así como en el C- 395/15 (asunto **Daouidi**): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional la Directiva 200/78 de 27-11 cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

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

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

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



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

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

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

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

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (46), como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (47).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Pues bien, en el caso que nos ocupa el actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni en el momento anterior a dictarse la sentencia, llevaba tres meses y cinco días en una situación de incapacidad temporal que tenía una previsión de duración media (hecho probado tercero) y en todo caso en la fecha del juicio llevaba 10 meses en IT con lo cual al igual que en el caso de la sentencia transcrita del TS, no había agotado el periodo máximo ni existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro, por lo que no cabe identificarla con la noción de discapacidad distinta de la "enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE lo que en definitiva conlleva la confirmación de la sentencia de instancia que califica improcedente el despido en cuanto la empresa no ha conseguido acreditar la causa que alegó para justificar su decisión.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Abelardo frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés en los autos seguidos a su instancia contra CARROCERÍAS BALAGUER AUTOS, S.L., Alexander y MINISTERIO FISCAL sobre despido, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito

por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro

del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230.4, 5 y 6 misma Ley.

Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Forma de realizar el depósito



a) Ingreso **directamente en el banco** : se hará en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta, correspondiente al nº del asunto, se conforma rellenando el campo adecuado con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el impreso bancario hay indicar en el campo **concepto** : "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

b) Ingreso por **transferencia bancaria** : constará el código IBAN del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; y el campo **concepto** aludido.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se hará un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJIDOS