



Roj: **STSJ CANT 609/2018 - ECLI:ES:Tsjcant:2018:609**

Id Cendoj: **39075340012018100463**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2018**

Nº de Recurso: **737/2018**

Nº de Resolución: **913/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES SANCHA SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Santander, núm. 6, 27-07-2018,
STSJ CANT 609/2018**

SENTENCIA nº 000913/2018

En Santander, a 28 de diciembre del 2018.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ (ponente)

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS

Ilma. Sra. D^a. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Antonio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a MERCEDES SANCHA SAIZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D. Luis Antonio , siendo demandada la empresa "Tratamiento Integral Residuos Cantabria, S.L.U." (TIRCANTABRIA), sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 27 de julio de 2018, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El actor, D. Luis Antonio , ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa demandada, TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS DE CANTABRIA S.L.U (en adelante, TIRCANTABRIA), desde el 1 de junio de 2011, ostentando la categoría profesional de Oficial de 1ª conductor, y percibiendo un salario mensual, con prorrata de pagas extraordinarias, de 2.140,84 € (70,38 €/día).

2º.- A las relaciones laborales de la empresa demandada les resulta de aplicación su propio Convenio Colectivo.

3º.- Mediante carta de fecha 8 de marzo 2018, la empresa demandada comunicó al actor lo siguiente:



"Por medio de la presente paso a comunicarle que esta empresa ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por INEPTITUD SOBREVENIDA CON POSTERIORIDAD A SU COLOCACIÓN EN LA EMPRESA, con efectos de hoy 08 de marzo del 2017, al amparo de lo establecido en el artículo 52. A) del Estatuto de los Trabajadores, por los siguientes motivos:

Usted, D. Luis Antonio , trabajador con función profesional de oficial de primera de oficio, hasta el pasado 19 de febrero de 2018 ha venido realizando sus funciones profesionales dentro del equipo "Pool servicios" en las diferentes áreas de la organización como son área de reciclaje, área de afino- vidrio-escorias, área de mantenimiento de exteriores y departamento de pintura.

El objetivo del equipo "Pool servicios" es la confirmación de un equipo de trabajo que con la formación y autorización necesaria esté disponible para cubrir las necesidades productivas en orden de sustituir a trabajadores dentro de cada uno de los puestos incluidos en las áreas descritas en el párrafo anterior.

Tal y como se describe en su norma colectiva de aplicación, Convenio Colectivo de la empresa Tratamiento Integral de Residuos de Cantabria, para el periodo 2016 2018 de 24 DE ENERO DE 2017- BOC NÚM. 16, los trabajadores en función profesional de oficial de primera de oficio, son aquellas con la experiencia suficiente, que con la preparación y conocimiento del oficio que desempeñan, los practican con el mayor esmero, delicadeza y pleno rendimiento. Tendrán cierta capacidad de mando, con posibilidad de acometer trabajos dependiendo del encargado de tajo correspondiente, teniendo a su cargo un grupo de oficiales de 2ª y peones especialistas.

Tras el reconocimiento médico periódico al cual se sometió durante el pasado 31 de julio de 2017, con el objetivo de valorar su capacidad laboral para el puesto de trabajo de "Pool Servicios", en el que se aplicaron los protocolos de alturas, asma laboral, biológicos, otros, cargas, conductores, dermatosis, estrés térmico, nocturnidad, posturas forzadas, ruido, turnicidad y vibraciones, esta dirección recibió informe con los resultados del mismo en el que incluían las siguientes consideraciones.

"A la vista de los resultados, así como de las exploraciones complementarias realizadas se objetivan datos patológicos en relación con su puesto de trabajo en el momento actual, siendo considerado APTO CON LIMITACIONES.

Limitaciones: Su trabajo no requerirá frecuentes o prolongados encorvamientos, no puede trabajar de forma prolongada de rodillas o en cuclillas, su trabajo no requerirá permanecer de pie prolongadamente, no puede levantar pesos superiores a 5 Kg.

Observaciones: No debe realizar tareas propias del puesto que requieran de bipedestación prolongada, flexión anterior del tronco y manejo actual de cargas/pesos superiores a 5 Kg."

Debido a ello, durante los periodos en los cuales usted ha prestado servicios, su superior jerárquico, D. Juan Enrique , encargado, ha venido realizando su seguimiento a fin de velar e ir configurando durante su desempeño la adaptación total de su puesto de trabajo.

Durante el citado seguimiento se ha ido constatando como usted ha sufrido una disminución elevada y sustancial sobre las funciones principales de su puesto, y en concreto de los informes de seguimiento se desprenden los siguientes:

-Durante la jornada del día 19 de julio de 2017, siendo las 8:00 a.m., el trabajador D. Luis Antonio , al ser requerido para ocupar el puesto de limpieza en las labores de prensado de CDR, se niega amparándose en sus restricciones médicas para permanecer prolongadamente de pie, con encorvamientos de tronco frecuentes y levantamiento de cargas superiores a 5 Kg. Por ello la empresa debe desplazar a D. Enriqueta a que realice dicha función.

-Durante la jornada del día 24 de julio de 2017, siendo las 08:00 a.m. el trabajador D. Luis Antonio , al ser requerido para el lijado de estructuras metálicas con la utilización de amoladora para su posterior acabado con pintura, se opone a realizar dicho trabajo alegando presencia de ambientes pulvígenos, amparándose en sus limitaciones a exposición en ambientes pulvígenos.

-Durante la jornada del día 12 de septiembre de 2017, siendo las 15:30 horas, el trabajador D. Luis Antonio , al ser requerido para realizar labores de limpieza de canalones de recogida de pluviales de la cubierta del área de reciclaje mediante el uso de elevadora telescópica, se opone amparándose en sus restricciones médicas para realizar trabajos en altura. Por ello la empresa debe desplazar a D. Alejo a que realice dicha función.

-Durante la jornada del día 02 de enero de 2018, siendo las 08:00 a.m. el trabajador D. Luis Antonio , al ser requerido para realizar la retirada de sólidos flotantes en los decantadores de pluviales y las balsas de lixiviados



se opone a realizar dicha tarea amparándose en sus restricciones médicas para levantar pesos superiores a 5 kg. Por ello la empresa debe desplazar a D. Enriqueta a que realice dicha función.

-Durante la jornada del día 03 de enero de 2018, siendo las 10:30 a.m., el trabajador D. Luis Antonio , al ser requerido para realizar labores de limpieza con hidrolimpiadora de las vías peatonales de planta se opone a realizar dicha tarea amparándose en sus restricciones médicas para permanecer prolongadamente de pie con encorvamiento de tronco frecuente.

Durante la jornada del día 08 de febrero de 2018, siendo las 10:30 a.m., el trabajador D. Luis Antonio , al ser requerido para realizar labores de limpieza con hidrolimpiadora de las vías peatonales de planta se opone a realizar dicha tarea amparándose en sus restricciones médicas para permanecer prolongadamente de pie con encorvamiento de tronco frecuente.

-Durante la jornada del día 08 de febrero de 2018, siendo las 15:00 horas, el trabajador D. Luis Antonio , al ser requerido para realizar labores de limpieza en las arquetas de pluviales del área de reciclaje, se opone a realizar dicha tarea amparándose en sus restricciones médicas para realizar labores prolongadas de rodillas con encorvamiento del tronco frecuente. Por ello la empresa debe desplazar a D. Enriqueta a que realice dicha función.

A demás de lo anterior, esta dirección ha debido tener en cuenta que de las siguientes tareas a desempeñar por los trabajadores que dependiendo de las distintas áreas en las que esté ubicado se deben realizar:

- Trabajo de limpieza con soplador.
- Trabajos de limpieza con hidrolimpiadora.
- Trabajos de limpieza con herramienta manual.
- Trabajos de lijado con amoladora angular.

Usted, en atención a las limitaciones funcionales que padece, no puede realizar los siguientes:

- Utilización de hidrolimpiadora.
- Utilización de soplador.
- Utilización de amoladora angular.
- Utilización de carretilla elevadora.
- Puesto de limpieza en zona prensado y embalado del CDR.

Como consecuencia de las deficiencias productivas que motivan los repetidos desplazamientos de otros trabajadores que deben realizar las funciones que usted no puede realizar haciendo efectiva la adaptación sucesiva de su puesto de trabajo, la dirección de esta empresa le propuso el desempeño de funciones durante al menos la mitad de la jornada de trabajo como conductor desde el día 20 de febrero de 2018, dejando así de realizar el resto de funciones que se han detallado y realizan los trabajadores del equipo "Pool servicios" dentro del área de la organización, a fin de poder comprobar si su grado de desempeño le permite realizar el contenido principal del puesto de trabajo versus las limitaciones que de nuevo son recogidas en un nuevo informe de revisión médica periódica de fecha 16 de febrero de 2018.

En conclusión de lo anterior se puede afirmar que de las funciones principales que se realizan:

- La colocación y retirada de cubierta tipo rede sobre los contenedores por el esfuerzo. Dicha labor requiere para subir y extender la red por toda la superficie de dicho contenedor, así como para su retirada y posterior almacenamiento con reiterados pliegues por su limitación para realizar encorvamientos prolongados así como levantar pesos superiores a 5 kg.
- La apertura de contenedores para su vaciado debido a las dificultades que en si conlleva dicha tarea por el sobreesfuerzo que tiene que realizar el trabajador.

Tras lo anterior, y tras haber realizado un estudio para su recolocación en un puesto de trabajo que reúna las funciones suficientes que usted pueda desempeñar si generar un déficit productivo negativo, sin haber encontrado éxito, lamentamos comunicarle que esta dirección se ven en la necesidad de extinguir la relación laboral mantenida ente las partes debido a su ineptitud permanente y no circunstancial, para la realización de las principales funciones de su puesto de trabajo de pool de servicio y conductor, sucediendo todo ello con posterioridad al inicio de la relación laboral.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 b) del TRET., en este acto ponemos a su disposición la cantidad que le corresponde percibir por este motivo, una indemnización equivalente a 20 días de salario por año



de prestación de servicios, con el límite de doce mensualidades, indemnización que asciende a la cantidad total conforme a su salario de 71,91 €/día considerado el cómputo anual y antigüedad en la empresa de 01 de junio de 2011, de nuevo mil ochocientos treinta y cuatro con cincuenta y nueve euros (9.834,59 €). Le informamos que la puesta a disposición de dicha indemnización se ha realizado mediante ingreso por transferencia ordenada en el día de hoy a su favor en la cuenta bancaria número NUM000, cuenta ésta por usted facilitada para realizar pagos mensuales correspondientes a sus recibos de salarios.

Esta empresa salvará cualquier error aritmético en que haya podido incurrir al calcular la indemnización y/o sus módulos de cálculo, previa manifestación y acreditación por su parte.

Se le informa que junto con la presente comunicación extintiva se le hace entrega de la propuesta de liquidación resultante de los salarios devengados hasta el día de efectos de su baja en esta mercantil, con la inclusión de la cantidad referente a la ausencia de los quince días previstos legalmente, pudiendo pasar a recoger el talón correspondiente con la cantidad neta que figura en el recibo salarial, en el plazo de siete días hábiles a contar desde la presente fecha por las oficinas del centro de trabajo.

A los efectos oportunos, se procede a la comunicación de la presente extinción a la representación legal de los trabajadores.

Agradeciéndole los servicios prestados y lamentando la necesaria decisión adoptada, sin otro particular, atentamente."

El actor percibió la cantidad de 9.834,59 €, en concepto de indemnización.

4º.- El actor vino prestando sus servicios profesionales como conductor, hasta que, en julio de 2016, fue adscrito al Equipo Pool.

Consta en las actuaciones y se da por reproducido el Proyecto de Mejora de Eficiencia Operativa de la planta de TIR Cantabria, de septiembre de 2016, y el análisis del puesto de EQUIPO POOL.

El criterio utilizado por la empresa demanda para la adscripción del actor al Equipo Pool fue el de la antigüedad, ya que el actor era el más moderno de los conductores.

5º.- Consta en las actuaciones y se da por reproducida la comunicación de fecha 8 de mayo de 2017, dirigida a Dña. Maite, esposa del actor y trabajadora de la empresa demandada, por la que se modifica sus funciones de Técnico/Auxiliar de Prevención de Riesgos Laborales, por la de Técnico/Administrativo de Almacén.

Tras el nacimiento de su segundo hijo, con fecha de NUM001 de 2016, Dña. Maite solicitó una reducción de jornada por guarda legal, de 31 horas semanales.

6º.- Consta en las actuaciones y se da por reproducido el informe emitido por la Dra. Marisol, de fecha 15 de enero de 2014, en la que se hace constar que el actor, con puesto de trabajo de conductor de pala cargadora (área de afino) está expuesto a los Protocolos de conducción, de cargas, de posturas forzadas, de ruido, de agentes biológicos, de asma y de altura, señalándose respecto de este último:

"Exposición ocasional. ESTE PROTOCOLO dada la situación individual que presenta en trabajos de altura, se recomienda, dentro de las posibilidades, evitar trabajos en altura, nunca realizar trabajos por encima o igual de 8 metros, o situaciones que conlleven discomfort, ausencia de seguridad".

7º.- En el informe sanitario de calificación de aptitud laboral del trabajador, de fecha 21 de abril de 2016, para el puesto de trabajo de Conductor, califica al actor como "Apto para el puesto de trabajo indicado.

Con restricciones a agentes causantes de bronconeumopatía, caída de altura, posturas forzadas", con "Restricción cautelar a la exposición de ambientes pulvígenos. Evitar trabajos que sobrecarguen la mano (como el agarre de herramienta de forma continuada o con fuerza). La restricción para altura no incluye trabajos en plataformas elevadoras u otros medios de elevación de tipo mecánico en los que el trabajador no realiza ninguna actividad de escala. Pendiente aportar informe médico. Uso estricto de protección respiratoria".

8º.- El actor permaneció en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de Lumbalgia sin irradiación, desde el 21 de marzo de 2017 al 10 de junio de 2017; y del 22 de septiembre al 23 de diciembre de 2017, con el mismo diagnóstico.

En el informe de reconocimiento médico (retorno a trabajo) de fecha 14 de junio de 2017, consta como Diagnóstico: " Colesterol total: 238 mg/dl.Lumbalgia. Limitación de la flexión anterior del tronco con dolor referido en región lumbar sin irradiación a miembros inferiores. ROT patelar presentes y simétricos. Lassegue + a 45º ambos miembros inferiores. Exacerbación de sintomatología radicular a la marcha de puntillas sin ser referido a la marcha de talones. Deambulación sin carga sin dolor referido", y en el apartado Recomendaciones/Limitaciones para el puesto de trabajo se expresa: " No puede trabajar de forma prolongada de rodillas o en



cuclillas, su trabajo no requerirá frecuentes o prolongados encorvamientos, su trabajo no requerirá permanecer de pie prolongadamente, no puede levantar pesos superiores a 5 kg".

En el informe de reconocimiento médico (retorno a trabajo) de la entidad QUIRONPREVENCIÓN, de fecha 16 de febrero de 2018, consta como Diagnóstico: " *CIATALGIA. Limitación de la flexión anterior del tronco con dolor referido en región lumbo-sacra y región glútea derecha.*

Lasague + a 45º bilateral. Sintomatología de tipo radicular referida a la marcha de talones, exacerbación no así a la marcha de puntillas. ROT patelar conservados y simétricos. Estática alterada posiblemente postura antiálgica con deambulación +/-", y en el apartado Recomendaciones/Limitaciones para el puesto de trabajo se expresa: " Su trabajo no requerirá frecuentes o prolongados encorvamientos, su trabajo no requerirá permanecer de pie prolongadamente, no puede levantar pesos superiores a 5 kg".

En ambos informes se califica al actor APTO CON LIMITACIONES,

9º.- Constan en las actuaciones y se dan por reproducidos los informes de incidencias, elaborados por el Encargado D. Juan Enrique, de seguimiento para el personal con limitaciones funcionales previstas en los reconocimientos médicos de salud.

10º.- El actor no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, cargo de representación legal o sindical.

11º.- Con fecha de 11 de abril de 2018 se celebró acto de conciliación ante el ORECLA, que concluyó Sin Avenencia.

TERCERO.- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por D. Luis Antonio frente a la empresa TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS DE CANTABRIA S.L, y en consecuencia, debo declarar y declaro improcedente el despido del actor de fecha 8 de marzo de 2018, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte, a su elección, entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones en que se encontraba con anterioridad al despido, o bien, al abono de una indemnización de 16.504,11 €, de los cuales ya ha percibido la suma de 9.834,59.

Si la empresa demandada opta por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin perjuicio del recurso que contra esta se pueda interponer."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.

La demanda que da origen a los presentes autos versa sobre el despido objetivo por causa de ineptitud sobrevenida de D. Luis Antonio, adoptado por la empresa "Tratamiento Integral Residuos Cantabria, S.L.U." (TIRCANTABRIA), el día 30 de junio de 2017; en ella se interesaba la declaración de nulidad del despido o, subsidiariamente, la improcedencia, reclamando también una indemnización de 30.000 euros por la vulneración de derechos fundamentales.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Santander, de fecha 27 de julio de 2018, tras desestimar la nulidad de la decisión extintiva, califica el despido de improcedente con las consecuencias legales inherentes.

Disconforme con dicha resolución judicial recurren en suplicación el trabajador, por medio de un único motivo de infracción jurídica, con correcto encaje procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, con la finalidad última de que se declare la nulidad del despido, con abono de la indemnización por los daños causados.

Ha sido objeto de impugnación por la empresa.



SEGUNDO.- Calificación del despido.

1.-Posición de las partes: Denuncia la representación legal del actor la infracción del art. 55.5 del ET, en relación con el art. 4.c) y d) del mismo texto legal, los arts. 15.1.d) y 25 de la LPRL, así como de la Directiva 2000/78/CE.

Argumenta, en síntesis, que el despido de un trabajador apto con limitaciones es asimilable al despido de un trabajador con discapacidad, por lo que debe ser calificado de nulo, aludiendo a la existencia de una discriminación indirecta.

A ello se opone la empresa en su escrito de impugnación al apreciar que no es posible equiparar la situación del trabajador a la discapacidad.

2.-Normativa nacional: El despido de un trabajador/a por razón de su situación de enfermedad puede afectar a diversos derechos y principios constitucionales. Destacan: el art.14 CE (prohibición de discriminación), el art.15 CE (derecho a la integridad física); y el art. 43 CE (principio rector de protección de la salud).

Pese a dicha protección, la salud no goza de la condición de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la misma está vinculada en ciertos supuestos a la integridad física del art.15 CE.

Así es, en base a la STC 62/2007, de 27 de marzo; y STC 160/2007, de 2 de julio; el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal "queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", y precisa dicha doctrina que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta".

En este sentido, la STS 31 enero 2011 (rec. 1532/2011), ha admitido que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo le ha sido prescrito, constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física.

El RDL 1/2013, de 29 de noviembre, en su art. 35 establece las garantías del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, fundamentalmente los principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación, directa o indirecta, así como también del acoso.

El art.17 ET contempla la nulidad de los actos del empresario, entre ellos el despido, que sean discriminatorios por motivo de discapacidad.

3.- Normativa comunitaria: Dentro del Derecho originario el art. 26 de la CDFUE, reconoce el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Y el art.19 TFUE dota de competencia a la UE para, dentro de los límites de las competencias que tiene atribuidas, adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, por la que la UE se adhiere a la Convención de la ONU sobre Personas con Discapacidad (CDPD).

4.- Conviene recordar también la doctrina comunitaria sobre la cuestión y la evolución de la misma, en las SSTJUE 11 junio 2006 (C 13/05, asunto Chacón Navas), 13 abril 2013 (asuntos acumulados C 335/11 y 337/11, Ring); 1 diciembre 2016 (C 345/15, asunto **Daouidi**); y 18 enero 2018 (C-270/16, asunto Ruiz Conejero).

Como nos recuerda la STS 24 septiembre 2017 (rec. 782/2016) seguida por la de 15 marzo 2018 (rec. 2766/2016), 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 [en el asunto Chacón Navas]:

"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."

En la STJUE de 1 diciembre 2016 (C 345/15), se afirma que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad 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.

- Al comprobar ese carácter "duradero", el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales".

Dicha doctrina ha sido confirmada en la STJUE 18 enero 2018 (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. En ella se concluye:



"El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente".

5.- Datos a valorar en el supuesto litigioso:

- a) El actor con categoría de oficial 1ª conductor desde junio de 2011, pasó a prestar servicios en el Equipo Pool en julio de 2016 atendiendo a un criterio de antigüedad, al ser el más moderno de los conductores. Dicho puesto era el encargado de cubrir ausencias, vacaciones o realización de trabajos anexos, y compuesto por seis operarios, cuya finalidad era reducir las horas extras.
- b) La esposa del actor, trabajadora también de la empresa, tras el nacimiento de su hijo en NUM001 de 2016, solicitó una reducción de jornada por guarda legal, viéndose modificadas sus funciones en mayo de 2017, pasando de Técnico/Auxiliar de PRL, por la de Técnico/Administrativo de almacén.
- c) En el informe de prevención de 2014 se recomendó que el actor evitase trabajos de altura.
- d) En el informe sanitario de aptitud laboral de 2016 se calificó de apto para conductor, con las restricciones que se detallan en el HDP séptimo.
- e) Sufrió una IT por lumbalgia sin irradiación del 21/03/2017 al 10/06/2017 y del 22/09/2017 al 23/12/2017.
- f) En los informes de 2017 y 2018 de retorno al trabajo, fue calificado de "apto con restricciones".

6.- Resolución del caso: De los antecedentes fácticos expuesto no cabe deducir indicio alguno de discriminación, sea directa o indirecta, por discapacidad; ni tampoco de vulneración de la integridad física.

El actor no se encontraba en incapacidad temporal en el momento del despido, fecha del acto presuntamente discriminatorio, ni su limitación física (lumbalgia sin irradiación) que motivo procesos de IT previos, puede ser calificada de larga duración o duradera.

Tampoco es posible calificar al actor de persona con discapacidad por el hecho de haber sido declarado "apto con limitaciones", toda vez que dichas limitaciones físicas no interactúan con barrera y no consta que hayan impedido "la participación plena y efectiva" del actor "en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores".

El cambio de puesto de conductor al equipo Pool vino sustentado en un criterio objetivo (antigüedad) y sus labores no eran incompatibles con las restricciones detalladas en los informes sanitarios de 2014 y 2016

El nacimiento de su hijo y el cambio de puesto de trabajo de su cónyuge fue anterior a la movilidad funcional, no habiendo sido objeto de impugnación judicial y no constando que perjudicase a la esposa.

Por tanto, la falta de causa discriminatoria acreditada, siguiendo la doctrina jurisprudencial que nos precede, conlleva que solo podamos calificar improcedente el despido.

Procede la desestimación del recurso, sin costas, conforme al art. 235 LRJS.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Antonio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Santander (Proc. 235/2018), con fecha 27 de julio de 2018, en virtud de demanda formulada por el mismo recurrente contra la empresa "Tratamiento Integral Residuos Cantabria, S.L.U.", sobre despido, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

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 de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0737 18.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0737 18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.