



Roj: **STSJ GAL 5622/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:5622**

Id Cendoj: **15030340012018103927**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **2530/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 27028 44 4 2017 0002500

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0002530 /2018MRA**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000825 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** CONSELLERIA DE FACENDA

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA COMUNIDAD

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** Virginia

**ABOGADO/A:** XOSE RAMON PEREZ DOMINGUEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR,

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA,

ILMO. SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a diez de diciembre de dos mil dieciocho.

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 0002530/2018, formalizado por CONSELLERIA DE FACENDA, contra la sentencia número 538/2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000825/2017, seguidos a instancia de Virginia frente a CONSELLERIA DE FACENDA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/Dª Virginia presentó demanda contra CONSELLERIA DE FACENDA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 538/2017, de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete

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

Primeiro.- Virginia , maior de idade, prestou os seus servizos como traballadora por conta allea por orde da Consellería de Facenda coas seguintes circunstancias laborais e persoais: · Antigüidade: dende o 1 de xuño de 1982 ata o 14 de setembro de 2017. · Categoría profesional: vixiante fixa, grupo V, categoría 010B. · Centro de traballo: Distrito Forestal IX (Lugo-Sarria). · Tipo de contrato: laboral fixo. · Xornada: completa. · Salario (a efectos de despedimento): o Contía de 1921,63 euros ao mes, incluíndo a prorrata de pagas extraordinarias. o Tempo e forma de pagamento do salario: pagamento mensual e mediante transferencia bancaria. · Virginia non exerce nin exerceu no último ano cargo de delegada de persoal ou representante dos traballadores/as, se ben está afiliada a CCOO. Segundo.- Virginia iniciou unha prestación de servizos coa categoría profesional de ordenanza, se ben o INSS ditou unha resolución o 3 de outubro de 2012 ola que se declaraba a situación de IPT para a profesión habitual. A traballadora solicitou mediante o escrito d 3 de xullo de 2015 a adxudicación dun posto de traballo compatíbel cos seu estado de saúde ao abeiro do artigo 7.4 do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galiza. CVE:- lLivvmYGh1 Verificación: <https://sede.xustiza.gal/cve/3> A solicitude foi acollida de xeito favorábel e o 13 de xullo de 2016 ditouse unha resolución polo Director xeral da Función Pública da Consellería de Facenda pola que se adscribía a Virginia ao posto de traballo de vixiante fixa na comarca forestal de Lugo. Terceiro.- O 17 de agosto de 2016 Virginia formulou unha reclamación previa contra a Consellería de Facenda pola que solicitaba unha nova adscrición a un posto compatíbel co seu estado de saúde ao abeiro do artigo 7.4 do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galiza. Posteriormente, a traballadora formulou unha demanda o 23 de xaneiro de 2017, con idéntica pretensión, que foi aquendada ao Xulgado do Social núm. 2 de Lugo (PO 61/2017) que está pendente de axuizamento. Cuarto.- O 11 de setembro de 2017 a traballadora volveu a presentar un escrito no que reiteraba a solicitude de adscrición a novo posto conforme o artigo 7.4 do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galiza. Quinto.- Mediante a resolución do INSS do 4 de setembro de 2017 o INSS declarou a Virginia en situación de IPT para a profesión habitual de vixiante fixa con efectos do 4 de setembro de 2017. Na resolución fixébase un prazo de revisión ata o 2020 indicándose que non existía previsión de reincorporación no posto de traballo no prazo de 2 anos. Sexto.- O 14 de setembro de 2017 ditouse unha resolución polo Directo xeral da Función Pública da Consellería de Facenda pola que se declaraba extinguida a relación laboral con Virginia , formulándose reclamación previa.

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

1. Acollo a demanda formulada Virginia contra a Consellería de Facenda de tal xeito que: · Declaro nulo o despedimento de Virginia con efectos dende o 14 de setembro de 2017. · Condeno á Consellería de Facenda a que proceda á readmisión da traballadora adscribíndoa a un posto compatíbel co seu estado de saúde. · Condeno á Consellería de Facenda ao pagamento a Virginia dos salarios de tramitación deixados de percibir dende o 14 de setembro de 2017 ata data da notificación da presente resolución na contía de 63,18 euros diarios. · Condeno á Consellería de Facenda ao pago a Virginia da cantidade de 6251 euros como indemnización por danos morais. CVE:- lLivvmYGh1 Verificación: <https://sede.xustiza.gal/cve/21> 2. Non se fai pronunciamento sobre custas do procedemento.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSELLERIA DE FACENDA formalizándolo posteriormente. Tal recurso no 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 21-8-2018.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 10-12-2018 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 parte demandada Xunta de Galicia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

La sentencia de instancia, considero que existe vulneración del derecho fundamental, de garantía de indemnidad, y discriminación por discapacidad, en atención a las circunstancias específicas y concretas de la trabajadora demandante. Partiendo para ello de la existencia de indicios tales como:

a) Virginia con categoría profesional inicial de ordenanza, fue declarada en situación de IPT para la profesión habitual. Solicitando entonces en julio de 2015 la adjudicación a un puesto de trabajo compatible con su estado de salud al amparo del art 7.4 do V Convenio colectivo único para o personal laboral de la Xunta de Galiza. Tal solicitud fue atendida favorablemente, adscribiéndose al puesto de trabajo de vigilante fija en la comarca forestal de Lugo.

b) Virginia formulo una reclamación previa contra la Consellería de Facenda por la que solicitaba una nueva adscripción a un puesto compatible con su estado de salud al amparo del art 7.4 del V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. Posteriormente, la trabajadora formulo una demanda el **23 de enero de 2017**, con idéntica pretensión, que fue repartida al juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo (PO 61/2017) que está pendiente de enjuiciamiento.

c) El **11 de septiembre de 2017** la trabajadora volvió a presentar un escrito en el que reiteraba la solicitud de adscripción al nuevo puesto conforme al artículo 7.4 do V Convenio colectivo único para o personal laboral da Xunta de Galicia.

d) Y la demandada por resolución de **14 de septiembre de 2017** del Director Xeral da Función Pública da Consellería de Facenda, pone fin a la relación laboral, en virtud de la resolución del INSS do **4 de septiembre de 2017**, en la que se declara a Virginia, en situación de IPT para a profesión habitual de "vigilante fija" con efectos do 4 de septiembre de 2017. En la que se indicaba un plazo de revisión hasta el 2020 y que no existía previsión de reincorporación en el puesto de trabajo en el plazo de 2 años.

A la vista de tales indicios la juzgadora de instancia, considero que la actuación de la demandada constituye una represalia, atendiendo al estado de salud de la trabajadora, y a la no aplicación del art 7.4 del Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. .

**SEGUNDO.-** Al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la Xunta de Galicia solicita el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada. Alega infracción del art 49.1 E) Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art 7.4 del Convenio Colectivo Único de personal laboral de la Xunta de Galicia. En cuanto que considera que no hay tales indicios. Y que la causa de extinción de la relación laboral está amparada en el art 49.1 e) en relación con el art 48.2 del Estatuto de los Trabajadores. Considerando que concurre una valida extinción del contrato de trabajo, por razón de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que declara la situación de IPT de la demandante sin que pueda ser revisada por mejoría.

- Con reiteración hemos señalado entre otras en nuestra Sentencia, Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 noviembre 2005 Recurso de Suplicación núm. 4928/2005. (AS 2006\779) que, en torno al despido nulo por presunta vulneración de derechos fundamentales, siguiendo precedentes sentencias de este Tribunal, en concreto sentencia de 20/5/05 (Recurso 1843/05) que es cierto que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales se invierte la carga de la prueba, sin llegar a la probatio diabólica; pero para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio ( STC 266/1993, de 20/septiembre [RTC 1993\266], F. 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una "prueba verosímil" ( STC 207/2001, de 22/octubre [RTC 2001\207], F. 5) o "principio de prueba" revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación ( STC 308/2000, de 18/diciembre [RTC 2000 \308], F. 3) ( STC 41/2002, de 25/febrero [RTC 2002\41], f. 3).



Con la consecuencia de que ese indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada, tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales ( SSTC 101/2000, de 10/abril [RTC 2000\101]; 308/2000, de 18/diciembre; 136/2001, de 18/junio [RTC 2001\136]; 14/2002, de 28/enero [RTC 2002\14]; 41/2002, de 25/febrero, f. 3; 48/2002, de 25/febrero, f. 5; 66/2002, de 21/marzo [RTC 2002\66]; 84/2002, de 22/abril [RTC 2002\84], f. 3, 4 y 5; 5/2003, de 20/enero [RTC 2003\5], f. 6).

E igualmente se afirma (con cita de las SSTC 135/1990, de 19/julio [RTC 1990\135]; 21/1992, de 14/febrero [RTC 1992\21]; y 7/1993, de 18/enero [RTC 1993\7]) que "... cuando se ventila un despido "pluricausal", en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado. Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo" ( STC 48/2002, de 25/febrero [RTC 2002\48], f. 8)...

De otra parte ha de reiterarse -con las SSTSJ Galicia 26/05/03 R. 1771/03 (JUR 2003\233649) y 27/02/04 R. 660/04 (AS 2004\910)- que sobre la denominada "garantía de indemnidad" el Tribunal Constitucional recuerda - STC 198/2001, de 04/octubre (RTC 2001\198), que se remite a la STC 140/1999 (22/julio [RTC 1999\140]); y al ATC 219/2001, de 18/julio (RTC 2001\219 AUTO)- que el "derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface [...] mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [...]

En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" ( SSTC 7/1993 [RTC 1993\7], 14/1993 [RTC 1993\14] y 54/1995 [RTC 1995\54]). Y al efecto se decía en STC 7/1993 (18/enero) que "si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción [...] por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula". Y como destacan esa misma Sentencia y otras posteriores -SSTC 7/1993, de 18/enero; 14/1993, de 18/enero; 54/1995, de 24/febrero; 197/1998, de 13/octubre (RTC 1998\197), 140/1999, de 22/julio; 101/2000, de 10/abril (RTC 2000\101); 196/2000, de 24/julio (RTC 2000\196); y 199/2000, de 24/julio (RTC 2000\199)-, la prohibición del despido [u otra medida empresarial] como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (RCL 1985\1548) [...], que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Asimismo, el despido o otra decisión patronal dirigida contra el empleado en estos casos supondría el desconocimiento del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) ET (RCL 1995\997), que configura como tal "el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo". E igualmente cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22/09/98 ( TJCE 1998\207); (Asunto C-185/1997), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE (LCEur 1976\44), declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

**TERCERO.**- A la anterior doctrina jurisprudencial sobre la garantía de indemnidad, en cuanto que la sentencia de instancia, aprecia la vulneración del derecho fundamental, relacionando aquella con la situación de enfermedad de la trabajadora, y su posible discapacidad, debemos traer a colación, la actual doctrina jurisprudencial, que también cita la sentencia de instancia, relativa a la discapacidad y la enfermedad, que se recoge entre otras en la STS, Social sección 1 del **15 de marzo de 2018** ( ROJ: STS 1244/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1244 ) Sentencia: 306/2018 Recurso: 2766/2016, en la que expresamente se dice: ".....Esta 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 ir 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...."

**CUARTO.-** La sentencia de instancia considera que la demandante fue declarada en situación de IPT, sin posibilidad de previsión de reincorporación en el plazo de dos años, y que ello supone una discapacidad de larga duración, con influencia en la actividad laboral de la actora. Razonando asimismo que el art 5 de la directiva Directiva 2000/78, obliga a la empleadora a realizar los ajustes razonables en su puesto de trabajo para que la persona con discapacidad, pueda continuar con la prestación de servicios y solo en el caso de que tales ajustes no se puedan llevar a cabo o se acredite de modo cumplido que resultan de muy gravosa realización por las circunstancias concretas do caso, cabe acudir a la vía de la a extinción da relación contractual.

Y que en el caso concreto no resulta acreditado que la demandada, antes de proceder a la extinción de la relación laboral, hubiese realizado todos los esfuerzos necesarios orientados a la adaptación del puesto, o que le era imposible, gravosa o desproporcionada, y más relevante incluso en el supuesto de autos, en que el art 7.4



do V Convenio colectivo único para o personal laboral de la Xunta de Galicia impone la obligada adscripción a un puesto de trabajo compatible con el estado de salud si concurren determinados requisitos, en el caso como el de la demandante que fue declarada en situación de IPT. Calificando el despido como nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, en relación con la situación de discapacidad de la demandante.

A la vista de lo expuesto y de lo resuelto por la juzgadora de instancia, con base en la doctrina jurisprudencial referida, estimamos suficientes los indicios de vulneración de derecho fundamental apreciados por la juzgadora de instancia, contrariamente a lo aducido por el recurrente, en su escrito de recurso, no resultando acreditado que la demandada haya concedido la adaptación del puesto de trabajo, todas las veces que se ha solicitado, como en dicho recurso se alega, no existiendo ninguna narración torticera, como la alegada. De forma que se produce la inversión de la carga de la prueba tan reiteradamente citada.

**QUINTO.-** Pues bien, la situación de posible vulneración de derecho fundamental, ha de ser puesta en relación además de con la enfermedad de la trabajadora, con las reiteradas solicitudes de adaptación del puesto de trabajo y el contenido del art 7.4 del Convenio Colectivo Único de Personal Laboral de la Xunta de Galicia. En cuanto que el recurrente, para justificar su actuación de extinción de la relación laboral, entiende que el cese de resolución de la DGFP de 14 de septiembre de 2017 es ajustado a derecho, siendo la causa legal invocada adecuada del art. 48.2 ET 49.1e) ET. De forma que estima que concurre, una válida extinción del contrato de trabajo, toda vez que por la resolución de 14 de septiembre de 2017, el INSS declara la IPT sin que pueda ser revisada al no ser susceptible de mejoría. Y que en dicha resolución no se prevé que vaya a ser objeto de revisión. Y que las dolencias que motivaron su IPT son definitivas y no se prevé que la incapacidad sea objeto de revisión por mejoría. Y se resuelve la relación laboral de acuerdo con el art. 49 I e) y 48.2 ET que prevé la extinción del contrato de trabajo por causa de IPT del trabajador. Por tanto, concurriendo causa legal de cese del contrato de trabajo, la recurrente entiende que es conforme a Derecho.

Es cierto como señalamos en sentencia de TSJ, Social sección 1 del 12 de diciembre de 2017 ( ROJ: STSJ GAL 8098/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:8098 ), el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente ".

Y es evidente que este precepto, como ya señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 17-7-01 (rcud. 3645/00 ) dictada por todos los Magistrados de esta Sala, estableció una excepción a la regla general que contenía el apartado e) del art 49 ET, versión de la Ley 8/1980, y que prescribía que "el contrato de trabajo se extinguirá... por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador" (a la que el Texto Refundido de 1.995, añadió "sin perjuicio de lo dispuesto en el art 48.2"). También el precepto ha sido analizado por la Sala Cuarta en STS 28/12/2000 Rcd 646/2000 -recordada en la reciente 4/2/2016 Rcd 2281/2014- señalando que "constituye una especialidad importantísima respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de invalidez que se contiene en el art. 143.2 de la LGSS , puesto que, mientras en este precepto se limita a reconocer como principio general que toda invalidez es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de la situación, previendo la fijación de un plazo no vinculante a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes, en el art. 48.2 ET se parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, situación que no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el art. 143 LGSS ", insistiendo en que existe una "doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades (que) permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral (cuál sería la general del art. 143) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral (que sería la del art. 48.2 ET que obliga a la empresa a mantener en suspenso la relación laboral sin posibilidad de extinguirla".

Y también aclaraba la STS 28 enero 2013 , RJ 2013\4116, la distinción entre dos situaciones: "a).- La declaración "ordinaria" de IP, para la que el art. 143.2 LGSS dispone que en su declaración se "hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional"; y respecto de la cual el art. 49.1.e) ET proclama su cualidad -tratándose de IPT, IPA o GI- de causa extintiva del contrato.

b).- La declaración "especial" de IP que contemplan los arts. 7 RD 1300/1995 [21/Julio ] y 48 ET , y que -conforme a tales preceptos- (1) únicamente es admisible "cuando, a juicio del órgano de calificación,



la situación del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo"; (2) se haga constar en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento; (3) comporta la subsistencia de la relación de trabajo y la reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la IP; y (4) debe ser objeto de oportuna notificación al empresario."

Ahora bien, en el supuesto de autos, aunque el hecho probado quinto. Hace constar que: "*Mediante a resolución do FNSS do 4 de setembro de 2017 o INSS declarou a Virginia en situación de IPT para a profesión habitual de vixiante fixa con efectos do 4 de setembro de 2017. Na resolución fixébase un prazo de revisión ata o 2020 indicándose que non existía previsión de reincorporación no posto de traballo no prazo de 2 anos .*"

Tal resolución no sirve para enervar los indicios de vulneración de garantía de indemnidad en relación con la situación de discapacidad por enfermedad de larga duración, pues como señala el propio recurrente, se ha de poner en relación el art. 7.4 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, con la resolución del INSS. Y sin desconocer que la patología es irreversible, consolidada e invalidante, lo que en modo alguno ha acreditado la demandada recurrente, es que conforme al referido artículo de la norma paccionada, y tras las reiteradas solicitudes de cambio de puesto-con excepción de la primera- hayan sido atendidas, y no se acredite igualmente en los términos de la directiva la imposibilidad de llevarlo a efecto.

Pues como señala la Juez a quo en el presente caso, nos encontramos ante una enfermedad equiparable a discapacidad ya que partimos de un proceso médico de larga duración, y que además a juicio de la empresa le causa una limitación funcional muy larga en el tiempo ya que de hecho se le despide por IPT, el motivo de su despido no es otro que su limitación funcional que se prevé de larga duración en el tiempo (enfermedad equiparable a discapacidad) por ello ante tal afirmación - que realmente la empresa no discute - lo que tendría que haber hecho la empresa era, como le obliga el art. 5 de la Directiva 2000/78, y art 7.4 de la norma paccionada, realizar los correspondientes ajustes razonables en el puesto de trabajo de la demandante para que la misma pudiera continuar con su prestación de servicios, y solo cuando tales ajustes fueran imposibles o muy gravosos podría haberse acudido al despido objetivo. En el caso que nos ocupa la empresa no intentó la adaptación del puesto de trabajo sino que acudió directamente al despido objetivo, cuya causa además, como argumentamos al principio de este fundamento jurídico, ni siquiera ha quedado acreditada.

Abundando sobre esa obligación de la empresa de adaptar el puesto de trabajo en el caso de trabajadores con enfermedades asimilables a la discapacidad, podemos citar entre la jurisprudencia más reciente la sentencia del Tribunal Supremo a la que anteriormente nos hemos referido (22 de febrero de 2018, rec. 160/2016 .), en la que se rechaza la pretensión de nulidad por la acreditación de medidas de readaptación ofertadas por el empresario, y en la que se indica : "*Pues bien, con independencia de esa evolución conceptual, plenamente acatada tanto por la sentencia recurrida como por esta Sala IV del Tribunal Supremo, lo cierto es que el caso que nos ocupa no guardaría relación con una situación en que el acto al que se atribuye el efecto discriminatorio se produce como única y exclusiva reacción ante la situación de la trabajadora, que es lo que la Directiva proscribire. Ésta contempla la obligación de la empresa de llevar a cabo los ajustes razonables que adapten las condiciones del trabajo a las necesidades de la persona en cuestión.*"

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

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

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





Por todo lo argumentado hasta este momento entendemos que la sentencia de instancia resuelve de forma ajustada el debate jurídico planteado por lo que procede, previa desestimación del recurso interpuesto, su íntegra confirmación, manteniendo la calificación del despido como nulo.

**SEXTO.**- Finalmente al amparo de la letra c) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Se alega infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que considera el recurrente que no se ha acreditado la existencia de daños morales, carga de la prueba que recae sobre el demandante, según la jurisprudencia que cita.

Como señalamos entre otras en sentencia de TSJ, Social sección 1 del 27 de abril de 2018 ( ROJ: STSJ GAL 2423/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:2423 ) Recurso: 573/2018, "..... . El Tribunal Supremo ( TS ss. 12-7-2016 , 5-10-2017 /rr. 361-2014, 2497-2015) expone lo siguiente acerca del resarcimiento por daños morales cuando existe vulneración de derecho fundamental ( arts. 179.3 , 182.1.d , 183.1 y 2 LRJS ): a) La demanda... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador ( art. 179.3 LRJS ), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización. b) La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: ... d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 ( art. 182.1.d LRJS ), de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo ( art. 55.1 LOTC ), se deduce que la sentencia, como establece el citado art. 15 LOLS, debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la integridad del derecho o libertad vulnerados. c) Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados ( art. 183.1 LRJS), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental. d) El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño ( art. 183.2 LRJS ), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS ), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención.

Además, la jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudir a las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS, pues "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales..." TS ss. 12-12-2007, 18-7-2012 /rr. 25- 2007, 126-2011); criterio que ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional ( TC s. 247/2006, de 24-7 ) a la par que considerado idóneo y razonable (TS ss.15-2- 2012, 8-7-2014/rr. 67-2011, 282-2013).

A la vista de lo expuesto consideramos ajustada a derecho la indemnización fijada en la sentencia de instancia en la cuantía de 6.251 euros, que se corresponde con la mínima sanción establecida en la LISOS por infracción muy grave de los artículos 8.11, 8.12 y 40.1, En consecuencia,



## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandada, contra la sentencia de fecha 29/12/2017, dictada por el Juzgado de lo Social núm.3 de Lugo, en autos 825/17 confirmamos la sentencia recurrida.

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 nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº 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.