



Roj: **STSJ CAT 7122/2021 - ECLI:ES:TSJCAT:2021:7122**

Id Cendoj: **08019340012021103978**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2021**

Nº de Recurso: **2943/2021**

Nº de Resolución: **4380/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIX VICENTE AZON VILAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2019 - 8003271

AR

Recurso de Suplicación: 2943/2021

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

ILMO. SR. JOAN AGUSTÍ MARAGALL

En Barcelona a 14 de septiembre de 2021

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. **4380/2021**

En el recurso de suplicación interpuesto por Amparo frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 30/09/2019 dictada en el procedimiento Demandas nº 91/2019 y siendo recurrido FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), MINISTERI FISCAL, MEDIOS Y SERVICIOS TELEMATICOS S A y MST ELECTRONICS S L, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Félix V. Azón Vilas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Tutela de derechos fundamentales, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30/09/2019 que contenía el siguiente Fallo:

"Que **estimando la pretensión subsidiaria** de la demanda interpuesta por D^a. Amparo contra la empresa MST ELECTRONICS S.L, declaro la improcedencia del despido de la trabajadora acordado por la demandada y la naturaleza indefinida de su relación laboral. En consecuencia, condeno a la mercantil demandada a que a su



opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, proceda a la readmisión de la trabajadora demandante en las condiciones expuestas en la presente sentencia, o bien a abonarle una indemnización de 3.450,40 euros, debiéndose pagar, en caso de readmisión, a la trabajadora, los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 46,47 euros diarios, quedando extinguida la relación laboral en el momento en el que el empresario opte por la no readmisión, y entendiéndose, caso de no ejercitar la opción el empresario en el plazo indicado, que procede la readmisión. Asimismo, debo condenar y condeno a la mercantil demandada, a abonar a la trabajadora la cantidad de 99,34 euros, más el interés moratorio anual del 10%.

Sin especial pronunciamiento respecto del FOGASA."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La demandante, cuyas circunstancias personales constan en la demanda, ha venido prestando sus servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa MST ELECTRONICS S.L, con antigüedad de fecha 17.10.2016, desarrollando funciones de GESTORA, grupo profesional D, nivel 9 (testifical); y con un salario diario de 46,47 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

La actora no ostenta la representación legal o sindical de los trabajadores, ni la ha ostentado en el año anterior. Es de aplicación a la relación laboral el Convenio colectivo estatal del sector de CONTACT CENTER (antes telemarketing).

SEGUNDO.- La actora suscribió en fecha 17.10.2016, un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado; teniendo el mismo como objeto " *ATENCIÓN DE LLAMADAS. EMISIÓN DE LLAMADAS DERIVADAS DE ALGUNA GESTIÓN. GESTIÓN DE MAILS Y OTRAS TAREAS ADMINISTRATIVAS PARA EL*

SERVICIO ABB SAIC PARA NUESTRO CLIENTE ASEA BROWN BOVERI"

(documento 5, actora).

TERCERO.- Mediante carta de fecha 20.12.2018, y efectos de ese mismo día, se comunica a la trabajadora su despido disciplinario puesto que " *Desde su incorporación en la empresa, se ha detectado que su rendimiento ha decaído ostensiblemente y de manera voluntaria*" (carta de despido, que se da por reproducida).

CUARTO.- La trabajadora presenta las siguientes patologías en su columna:

- ESPONDILOLISTESIS POR ESPONDILOSIS EN EL SEGMENTO L5-S1, CON COMPROMISO DE AMBOS FORÁMENES DE CONJUGACIÓN.

- HERNIA DISCAL C4-C5 (documentos 33 y 34).

QUINTO.- Desde el comienzo de la prestación de servicios para la empresa MST ELECTRONICS S.L, la trabajadora ha estado en situación de IT durante los siguientes periodos de tiempo (no controvertido y documental aportada):

25.04.2017 al 26.04.2017; 10.07.2017 al 19.07.2017;

20.11.2017 al 22.11.2017; 3.01.2018 al 10.01.2018;

26.03.2018 al 28.03.2018; 29.05.2018 al 31.05.2018;

1.06.2018 al 26.06.2018; 8.10.2018 al 9.10.2018;

10.12.2018 al 20.12.2018 (fecha despido).

SEXTO.- La trabajadora no se sometió a los reconocimientos médicos programados por la empresa, y que se efectuaban por la Mutua UMIVALE (documentos 36 a 38, empresa).

SÉPTIMO.- El responsable directo de la actora (Romualdo), puso en conocimiento de su encargada (Bibiana), que la trabajadora tenía problemas de espalda; y que era ésta la causa de las diversas bajas médicas. La representante de la empresa MST ELECTRONICS, en las reuniones de trabajo que tenían lugar con la mercantil ABB, manifestó a un empleado de ésta que a la actora la habían despedido *porque tenía muchas bajas, y que era política de empresa* (todo el hecho probado, testifical).

OCTAVO.- Que celebrado el preceptivo acto de conciliación, terminó con el resultado de INTENTADO SIN AVENENCIA."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Contenido y objeto del recurso.

Se articula recurso por la representación de Amparo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social sobre la base de tres motivos: en el primero, formulado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), se pretende la revisión de los hechos declarados probados; en el segundo, al amparo de la letra c) de la misma norma, se alega infracción de los artículos 2a), 4.1, 40.2 i 63 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LDISC), en relación a la Directiva 2000/78/CE sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo, así como de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; finalmente se desarrolla un tercer motivo, al amparo de la letra a) (de carácter subsidiario, se dice), que pretende la nulidad de actuaciones hasta el momento anterior a la celebración del juicio oral, y se alega infracción del artículo 24 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) y 90 y 90.3 LRJS y art. 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, LAJG). Pretende la revocación de la sentencia y la consiguiente declaración de nulidad del despido.

El recurso ha sido impugnado por la representación de MST ELECTRONICS S L. al entender que la sentencia ha valorado correctamente la prueba practicada y aplicado adecuadamente el derecho. Han sido parte en el proceso el MINISTERIO FISCAL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

La demanda origen del presente procedimiento pretendía la declaración de nulidad, o subsidiariamente la improcedencia del despido disciplinario que se había notificado mediante carta de 20 de octubre de 2018, con indemnización por daños -en el supuesto de nulidad- en cuantía de 18.177,05 euros.

La sentencia ahora recurrida entiende que no han quedado suficientemente acreditados hechos que puedan sustentar la nulidad del despido, pero también entiende que no existe causa alguna que justifique el despido, razón por la que estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia del despido.

Por más que el recurso plantea la nulidad de actuaciones con un motivo subsidiario a los anteriores, vamos a analizarla en primer lugar, puesto que de ser correcto el planteamiento haría innecesario el estudio de los restantes motivos de recurso.

SEGUNDO.- Sobre la nulidad de lo actuado.

De forma un tanto sorprendente este motivo de recurso se formula " *con carácter subsidiario, para el caso de que se desestime la revisión fáctica formulada en el motivo I y/o su consecuencia jurídica solicitada en el motivo II*" según señala literalmente: tal planteamiento ya nos lleva a pensar en la endeblez del motivo. Vamos a analizar la pretensión.

Se pone de manifiesto en el recurso que antes de la celebración del acto del juicio se solicitó que " *el Juzgado requiera la intervención del médico forense, a fin de que reconozca a la trabajadora y valore su estado de salud*", propuesta que fue denegada por el órgano judicial y que, reiterada en el acto del juicio, provocó que la parte actora formulase la oportuna protesta. Razona la parte que dicha intervención está prevista en el art. 93.2 de la LRJS y que dada la discusión que sustenta el proceso (" *limitaciones que las patologías de la actora ocasionan en el día a día de su trabajo*", señala literalmente el recurso) era razonable la intervención de dicho profesional para que dejara clarificadas las circunstancias del caso concreto; en la medida en que dicha prueba no puede ser practicada por la negativa del Juzgado, tamaña decisión le produciría indefensión y entiende que la denegación de esta prueba sin fundamento adecuado constituye una vulneración del derecho de defensa del artículo 24 CE, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 156/2008. Señala también que el artículo 93.2 LRJS debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en el artículo 6.6 de la LAJG y de ello deduce que debió ser aceptada y practicada dicha prueba.

Se opone el escrito de impugnación que, reproduciendo la decisión interlocutoria del Juzgado de instancia por la que se denegó la práctica de dicha prueba, señala que " *a los efectos del presente procedimiento no era relevante la concreta determinación de las limitaciones funcionales que padece la parte actora, sino que como se destaca en la propia demanda y en el recurso interpuesto, lo determinante es la existencia o no de una limitación funcional de larga duración, y que en el presente caso, la misma fuera el verdadero motivo del despido, para lo cual no es necesario ni imprescindible un dictamen médico forense, de ahí la denegación de la solicitud realizada, sin que por ello se haya producido infracción o indefensión alguna a la parte actora, ya que sus pretensiones iniciales no requerían de dicho informe*".

En la Sala debemos poner de manifiesto que no es comparable la falta de práctica de una prueba acordada (en el caso de la sentencia del TC se había acordado la práctica de la prueba médica pericial forense, y luego no



fue practicada), con la denegación de la práctica de una prueba solicitada (como analizamos en el presente caso); a nuestro modo de ver en este segundo supuesto lo que debe analizarse es si la prueba denegada podría ser sustituida -para obtener la demostración de lo que se pretendía probar- por otra prueba que pudiera haber sido propuesta por la parte demandante: en el presente caso no se trata de si se podía o no practicar la prueba pericial, sino de si ésta debía ser aceptada por el Juzgado tal como venía propuesta y realizada por el Instituto de Medicina Legal, pero dicha intervención tan solo es obligada en los supuestos en los que la parte que lo solicita cuente con el beneficio de justicia gratuita, según deducimos -y en los términos- del artículo 6 LAJG ("*contenido material del derecho*") cuando señala que "*el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: 6. Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas*". En el presente caso la parte no gozaba -ni siquiera lo solicitó- del beneficio de asistencia jurídica gratuita en los términos de la LAJG y, en consecuencia, no tenía derecho absoluto a lo solicitado, si bien pudo -además de solicitar la intervención médica-forense- hacer uso de las previsiones del artículo 93.1 LRJS ("*La práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo. No será necesaria ratificación de los informes, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate*") y proponer la práctica de prueba pericial de parte. La pericial forense es una prueba que el órgano judicial puede acordar -si lo considera necesario por iniciativa propia o a petición de parte- en los casos en que sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones, es decir, cuando lo considere necesario para clarificar su entendimiento sobre el debate desarrollado. En definitiva, no es una prueba que una vez solicitada deba acordarse obligatoriamente, sino que requiere de una valoración de quien ejerza la jurisdicción; y ello en el entendimiento de que su denegación -salvo en el supuesto de justicia jurídica gratuita- no produce indefensión en la medida en que la parte dispone de otras herramientas probatorias.

A la luz de lo razonado entendemos que la decisión del órgano jurisdiccional de no aceptar la práctica de la prueba solicitada no produce indefensión a ninguna de las partes; la mejor prueba es que ha podido desarrollar los restantes motivos de recurso (al amparo de las letras 193.b y 193.c) sin dificultad alguna. Cuestión distinta será si la valoración que realiza la sentencia sobre la discapacidad se ajusta, o no, a derecho.

Se desestima la pretensión de nulidad de lo actuado.

TERCERO.- Los Hechos declarados probados: Propuesta de modificación.

En cuanto a la pretendida modificación de HDP que propone el recurso, debe en primer lugar razonarse que, con carácter general, el órgano que conoce del recurso extraordinario de suplicación no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, pues es a quien ha presidido el acto del juicio en la instancia a quien corresponde apreciar los elementos de convicción para establecer la verdad procesal intentando que la misma se acerque lo más posible a la verdad material. Ahora bien, tal principio debe ser matizado en el sentido de que el Tribunal "ad quem" está autorizado para revisar las conclusiones fácticas cuando los documentos o pericias citados por la parte recurrente pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en el que ha incurrido la sentencia recurrida, o la irracionalidad o arbitrariedad de sus conclusiones: De otra forma carecería de sentido la previsión del artículo 193.b) de la ley procesal.

Además, debe señalarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión y claridad cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación de la sentencia, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos



que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

6º.- Que no se trate de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

El recurso propone que se modifique el HDP 4º para que en el mismo se diga que las patologías son " crónicas" y se añada el siguiente párrafo: " *Estas patologías condicionan a la trabajadora para la bipedestación o sedestación prolongada, para manipular grandes pesos y para realizar ejercicio físico. La trabajadora no puede permanecer en sedestación prolongada por aparición de dolor, por lo que en la ejecución de su trabajo debe realizar cambios posturales cada hora*".

Para sustentar dicha propuesta se cita la prueba " *documental aportada por esta parte y no impugnada de contrario*" que consta en varios folios de las actuaciones, tratándose de documentos médicos que básicamente vienen a señalar que la paciente " *está condicionada para la bipedestación o sedestación prolongadas, para manipular grandes pesos para realizar ejercicio físico*" (folio 238), también que " *no puede permanecer en sedestación prolongada por aparición de dolor debiendo realizar cambios posturales cada hora*" (folio 240), también que " *refiere problemas en el trabajo para mantener una posición delante de un ordenador durante más de una hora seguida*" (folio 242).

Se opone el escrito de impugnación por cuanto entiende que los documentos citados no reúnen los requisitos suficientes para poner de manifiesto error en la valoración de la prueba por parte de quien ha dictado sentencia; solicita la desestimación del motivo.

No se puede acceder a tal pretensión pues la propuesta se basa en documentos que ya han sido tenidos en cuenta por quien ha ejercido jurisdicción en la instancia, y simplemente reflejan distinta opinión médica que aquellos otros en los que se ha basado la sentencia, lo que no viene sino a representar que la propuesta que contiene el recurso realiza distinta valoración del material probatorio aportado por la totalidad de las partes al proceso, pero ya es sabido que, en caso de discrepancia de valoración, ha de prevalecer la conclusión imparcial de quien ha resuelto desde la independencia valorativa en que se funda el ejercicio de la jurisdicción, sobre la propuesta parcial e interesada de la parte.

A ello debemos añadir que la propuesta de prosperar resultaría intrascendente en la medida en que el propio convenio colectivo del sector prevé en su artículo 54 que " *el personal de operaciones que desarrolle su actividad en pantallas de visualización de datos, tendrá una pausa de cinco minutos por cada hora de trabajo efectivo. Dichas pausas no serán acumulativas entre sí*", de modo que aún de admitirse las dificultades para mantenerse en posición de sedestación más de 55 minutos, la trabajadora estaría autorizada para realizar descansos que están dentro de los límites indicados por los documentos médicos a los que hace referencia para sustentar su propuesta; por otra si se analizan con detenimiento los documentos médicos, los mismos hacen más referencia a las manifestaciones de la propia demandante que al resultado de pruebas clínicas objetivas realizadas, sin que cuanto decimos implique que no sea razonable la indicación de que necesita rehabilitación y el hecho de que tiene -o puede tener- dolores caso de no realizar los cambios posturales de los que venimos hablando.

Se desestima el primer motivo de recurso.

CUARTO.- Análisis del derecho aplicado por la sentencia. Recurso e impugnación. La posición de la Sala.

La **sentencia** explica en su razonamiento jurídico (RJ) 2º que el contrato está celebrado en fraude de ley por carecer de prueba sobre la autonomía y sustantividad propia del mismo dentro de la actividad ordinaria de la empresa y concluye que la relación laboral es de carácter indefinido y fijo; en el RJ 3º explica que las funciones que realizaba no son las de tele operadora, sino las de gestora; en el RJ 4º explica la diferencia que entiende existen entre el despido por razón de discapacidad y el despido por razón de enfermedad, con cita de la sentencia del TS de 15-3-2018, RCUJ. 2766/2016, y también la LDISC y razona:

"*Pues bien, en el caso que nos ocupa, no es relevante ... que la enfermedad o patología que padece la trabajadora sea "curable o incurable", sino que lo trascendente es establecer si la misma "acarrea una limitación [...] que 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 "*.



Ello supone, en definitiva, que es necesario determinar la gravedad o intensidad de las limitaciones funcionales que pueda sufrir el trabajador; para lo cual, es presupuesto insoslayable poner las mismas en relación con los requerimientos de su profesión.

En el caso que nos ocupa, ciertamente las patologías que sufre la trabajadora en su espalda pueden conceptuarse como crónicas... Ahora bien, en ningún caso pueden calificarse como graves o relevantes al ponerlas en relación con su profesión, de naturaleza eminentemente sedentaria y liviana, y que le permite realizar cambios posturales. Así, no debemos obviar que el Convenio colectivo reconoce a los trabajadores que desarrollen su actividad en pantallas de visualización de datos, una pausa de cinco minutos por cada hora de trabajo efectivo (artículo 54).

Esta apreciación viene ciertamente corroborada por la escasa duración de las bajas médicas de la trabajadora; oscilando todas ellas entre 2 y 11 días, a excepción del periodo de IT iniciado el 1.06.2018, que alcanzó los 27 días de duración".

Posteriormente en el RJ 5º explica que no cabe considerar que nos hallamos ante "unas patologías en la columna que fueran a determinar limitaciones significativas y duraderas para el trabajo, en términos tales que permitan considerar que la trabajadora estaba, a la fecha del despido, en situación de "discapacidad". Y en el RJ 6º razona:

SEXO.- En consecuencia, con todo lo expuesto hasta ahora, y como ya hemos subrayado, la demandante no se puede entender que, al momento del despido, padeciera una discapacidad. Sin estar probada tal discapacidad, no puede operar la regla de la carga de la prueba del artículo 96.1 de la LRJS, pues si bien es cierto que para que opere tal precepto no es necesario que la situación de discapacidad que afecta al trabajador sea cabalmente conocida por la empresa al momento del despido; si que tiene en todo caso que acreditar la parte actora que tenía una discapacidad, pues sin esto no puede hablarse de indicio razonable de discriminación que obligue a la empresa a probar que el despido no guardaba relación con ningún móvil discriminatorio, ya que el 96.1 referido, no opera por la mera alegación de la parte actora de existir un móvil discriminatorio.

En el caso de autos, este juzgador llega pues a la misma consideración que el TSJ de Cataluña en su sentencia de fecha 12.06.2017, en la cual se declaró el despido improcedente y no nulo al no haberse producido el despido con discriminación por discapacidad. Y ello, por considerarse que la enfermedad en si no fue la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio; conclusión que no se consideró enervada por la jurisprudencia del TJUE.

Corolario de ello y en relación al procedimiento que nos ocupa, es la manifestación efectuada por la representante de la empresa MST ELECTRONICS a un empleado de la mercantil ABB, al señalar que habían despedido a la trabajadora "porque tenía muchas bajas, y que era política de empresa".

Comentario éste, que desde luego puede merecer el correspondiente reproche moral, pero no dar lugar a la declaración de nulidad del despido de la trabajadora, de acuerdo con la jurisprudencia y argumentos expuestos anteriormente.

El **recurso** razona que las patologías que presenta la trabajadora le impiden la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores y ello porque le produce bajas por incapacidad temporal frecuentemente y (dando por supuesto que se ha estimado su propuesta de modificación de HDP) porque no puede realizar esfuerzos y necesita cambios posturales frecuentes. Señala que la diferencia reside en que la demandante necesita cada hora el doble de descanso que el resto las demás personas que trabajan en idéntica situación, y -sobretudo- necesita hacerlos cuando el resto puede no necesitarlo, por más que tengan derecho a ello; entiende que al encontrarnos ante patologías de carácter crónico y que limitan su vida profesional, la demandante debe ser considerada discapacitada lo cual estaría de acuerdo con el artículo 2.a) y 4.1 LDISC (" Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la Sociedad, en igualdad de condiciones con los demás") en tanto que el recurso entiende que la enfermedad que presenta le impide la participación plena y efectiva de la trabajadora en su trabajo; consecuencia lógica de lo anterior es que el despido debe ser declarado nulo al ser discriminatorio por razón de discapacidad; razona también que al no haber adaptado la empresa al puesto de trabajo a las condiciones específicas de la trabajadora nos encontramos ante un nuevo motivo de discriminación. Por fin entiende que la parte demandante ha aportado suficientes indicios de discriminación y ello implica necesariamente la inversión del régimen probatorio de acuerdo con los artículos 96.1 y 181.2 LRJS. Concluye señalando que al no haber aplicado la sentencia la calificación de nulidad del despido ha sido vulnerado el artículo 182 y 183 LRJS e insiste en que la indemnización por daños debe ascender a 18.177,05 €, esto es, solicita un pronunciamiento con la cuádruple tutela que establece el artículo 182 LRJS.



El **escrito de impugnación** reproduce profusamente los razonamientos de la sentencia y señala que no ha quedado probada la existencia de ningún tipo de discriminación ni siquiera que la demandante deba ser considerada con discapacidad; insiste en la diferencia entre enfermedad crónica y discapacidad, y pone de manifiesto que las patologías de la demandante no tienen carácter grave y ha podido realizar tranquilamente su trabajo como el resto de las personas con las que comparte centro de trabajo; ello implica que no serán de aplicación las previsiones del artículo 182 LRJS.

QUINTO.- La doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedad y discapacidad.

Pasamos a analizar y transcribir parcialmente las sentencias del Tribunal Supremo que consideramos relevantes en el debate ahora planteado.

1). La doctrina tradicional del Tribunal Supremo ha venido indicando en forma reiterada (entre otras muchas: SSTS UD 29/01/2001, Rjud. 1566/2000, 23/05/2005, Rjud. 2639/2004, 12/07/2004, Rjud. 4646/2002, 23/09/2003, Rjud. 449/2002, etc.) que la mera situación de enfermedad, incluso en el caso de que la causa derive de contingencias profesionales (STS UD 12/07/2012, Rjud. 2789/2011) o la imputación de bajo rendimiento (STS UD 3/05/2016, Rjud. 3348/2015) -como ocurre en el presente caso- no comporta la calificación del despido como nulo, en base a dos motivaciones: a) que la condición de enfermo no está contemplada en el listado de supuestos de discriminación (lo que coincide con la STJUE Chacón Navas); y b) que el despido debido a la morbilidad del trabajador no es lícito, pero no está contemplado como causa de nulidad, debiéndose acudir en todo caso a la vía de la letra d) del art. 52 ET (hoy, derogada), por lo que debe declararse la improcedencia. Más clara es incluso la STS UD 23.09.2002, Rjud. 449/2002, en la que se hace mención a "la falta de conveniencia para la empresa en conservar a un trabajador con bajas tan prolongadas".

2). La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su *sentencia 366/2016, de 3 de mayo de 2016*, Rjud. 3348/2014, en respuesta a recurso contra sentencia de esta Sala, comienza recordando que *el TC en sentencia 62/2008*, de 26 de mayo, analiza si una enfermedad crónica, resulte o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador, puede o no subsumirse en la cláusula genérica del art. 14 CE ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), teniendo en cuenta que no existe en él una intención tipificadora cerrada; para ello parte de que *"no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, [pues] en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que la que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes" (art. 10 CE).* Continúa el TC señalando que *la "enfermedad del trabajador puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE ... Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente ... cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato".* La sentencia concluye declarando que el despido no ha de ser calificado de nulo cuando *"la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún perjuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla".*

Continúa el TS razonando que tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más calificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros " *derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador*" (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminado, como pudiera ser el " *derecho a la protección de la salud*" reconocido en el art. 43.1 CE pues el citado derecho *no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas"* (Sección 1ª del Capítulo 11 del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales mencionados sobre nulidad del despido.

En el RJ 5º analiza la equiparación de la enfermedad a la discapacidad que rechaza, pues " *la enfermedad, sin adjetivos o calificaciones adicionales es una situación contingente de mera alteración de la salud, que*



puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido. Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples ". Analiza las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), y la de 11 de abril de 2013, C- 335/11 y 337/11 acumulados (asunto Ring), explicando que la última concluye: " El concepto de " discapacidad" a que se refiere 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 comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.

3). Después de recaída la sentencia del TJUE en el caso Daouidi, encontramos la sentencia TS 194/2018, de 22-2-2018, Rcd. 160/2016 , en la que, tras ser planteada la nulidad del despido (en vez de la improcedencia reconocida) de la trabajadora por su condición de discapacitada, descarta la existencia de discriminación en el despido por el hecho de padecer una dolencia sobrevenida de orden psiquiátrico que afecta al desempeño de su función y actividad, cuando la empresa ha llevado a cabo múltiples ajustes antes de acudir al despido, pues el art. 5 de la citada Directiva, señala que los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de no constituir una carga excesiva para los empleadores.

4). La sentencia 306/2018, de 15-3-2018, Rcd. 2766/2016 , analiza un supuesto de una trabajadora que se mantuvo en situación de Incapacidad Temporal desde el 13-10-2014 a 12-10-2015 fecha en la que agotó el plazo máximo de incapacidad, con diagnóstico de trastorno depresivo grave recurrente y a quien el 31-7-2015 se le comunica el despido disciplinario alegando un rendimiento laboral inferior al pactado, dado que en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de julio de 2015 estuvo de alta en la empresa 453 días de los cuales solo prestó servicios en forma efectiva durante 164 días. Desestima la pretensión de nulidad razonando:

" La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, 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 ... "

5). La sentencia 387/2020, de 22-05-2020, Rcd. 2684/2017, analiza un caso en el que al trabajador le fue comunicado el despido " por diferencias insostenibles con la empresa" con efectos de 14 septiembre 2016; si bien la empresa reconoció la improcedencia del despido. Consta acreditado, que el demandante estuvo en situación de incapacidad temporal (IT) en los periodos del 6 al 12-6-2016 y del 17-6 a 8-9-2016 y se declara probado que también estuvo de baja con posterioridad al despido desde el 26-9 -al menos- hasta el día del juicio, 24-11-2016; y fue declarado en situación de incapacidad permanente total por resolución del INSS de 15 de julio de 2017. Desestima la pretensión de nulidad del despido, por inexistencia de discriminación y razona:

"PRIMERO.- 4.- La STJUE Daouidi sostiene que el hecho de que el interesado se halle en situación de IT a causa de un accidente trabajo, con arreglo al Derecho nacional, y que ésta sea de duración incierta, no significa que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera con arreglo a la definición de discapacidad mencionada por la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad. Razona el Tribunal de la Unión que, entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la discapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Añade la STJUE en cuestión que, para comprobar el carácter duradero, el juez o tribunal debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

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



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

En la sentencia de contraste el Tribunal de la Unión recogía lo que ya había afirmado en la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark ("Ring y Werge"), C-335/11 y 337-11, en la que había perfilado el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Por vez primera el TJUE señalaba que, tras la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) que aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE.

El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

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

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

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

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

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

6). La sentencia 764/2020, de 15-9-2020, Rcud. 3387/2017, razona que es plenamente vigente la doctrina expuesta en la de 22-5-2020 (la anterior citada), reproduce lo esencial de la misma y concluye que

"la aplicación de esos mismos criterios al caso de autos conduce necesariamente a la desestimación del recurso, puesto que aquí se trata de un trabajador que inicia un proceso de IT en fecha 26-11-2016 y es despedido el 2-12-2016, sin que ni tan siquiera consten los motivos concretos de las dolencias que hayan podido motivar la baja médica, ni aparezca ningún otro dato que permita valorar mínimamente la posible discapacidad del trabajador en razón de tales dolencias.

No hay el menor elemento de juicio que permita considerar que pudiere tratarse de una limitación de larga duración que impidiera la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de



condiciones con los demás trabajadores, por lo que la calificación del despido no puede ser otra que su improcedencia".

7). En otro sentido, y analizando un supuesto diferente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de enero de 2011, Rcd. 1532/2010, previa a las anteriores, pero que mantiene plenamente su vigencia y no es contradictoria con aquellas, ha estudiado un supuesto en el que la razón para despedir es simplemente el estar en situación de incapacidad temporal porque esta es la política de la empresa y existe una "amenaza" para que no se haga uso de la incapacidad temporal o se finalice la misma: explica en su FD 1º que:

"Tiene interés precisar que en su fundamento jurídico segundo, punto 3º, la sentencia recurrida recoge una afirmación con valor fáctico de la sentencia de instancia, en la que se menciona el comportamiento de la empresa que opera, como "práctica habitual", "coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo"; coacción que se vincula a la advertencia de adoptar "el despido para el caso de no aceptar la propuesta".

La sentencia impugnada argumenta, con cita de la STC 62/2007, que la amenaza con el despido si no se abandona la protección de la salud que le brinda el sistema público, cuyos facultativos juzgaban necesaria la permanencia en la incapacidad temporal, constituye una vulneración del derecho a la integridad física del art. 15 de la CE. Por ello la sentencia estima el recurso y declara la nulidad del despido".

En base a ello, razona el Tribunal Supremo en su FD 3º en los siguientes términos (subrayados nuestros):

"la causa de decidir de la sentencia recurrida se funda en la vulneración del derecho reconocido en el art. 15 de la CE en la medida en que la amenaza de despido y su posterior ejecución por no producirse la reincorporación al trabajo implican una lesión al derecho a la integridad física del trabajador y en este sentido la sentencia recurrida se cuida de aclarar "la radical diferencia" entre el supuesto por ella decidido y los que han sido objeto de decisión por esta Sala, en los que si bien se despide por las consecuencias laborales de la morbilidad del trabajador no hay ataque a la integridad en la medida en que no se utiliza la amenaza de despido para que el trabajador abandone la baja que le ha sido prescrita. Por el contrario, en la sentencia de contraste, aunque se denunció por el trabajador la infracción del art. 15 CE, no hay ninguna reflexión sobre la amenaza de despido como atentado al derecho a la integridad física, dado que esa sentencia se limita a desestimar el motivo con la simple referencia a la doctrina jurisprudencial que cita, en concreto -y aparte de la doctrina de suplicación- la contenida en nuestras sentencias de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002, 12 de julio de 2004, y 23 de mayo de 2005.

Pues bien, ni estas sentencias, ni las que se citan en el recurso han abordado el problema que aquí se examina. En la mayoría de las sentencias de la Sala a las que se ha hecho referencia y en la más reciente de 29 de enero de 2009 lo que se debate es la consideración como discriminatorios a efectos del art. 14 de la CE de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. Las sentencias citadas excluyen la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del inciso final del art. 14 CE, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, según estas sentencias, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; se advierte también que en los despidos enjuiciados no opera un móvil de segregación, sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado. En algunas resoluciones se excluye la identificación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de lo dispuesto en los arts. 4.2.c.2º y 17.1 del ET y de la Directiva 2000/78 en línea con lo establecido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de junio de 2006. En otras sentencias se precisa que el derecho a la salud, en cuanto principio rector de la política social y económica "no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas" (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales" del ET que establecen la nulidad del despido (sentencias de 11 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008 y 27 de enero de 2009, entre otras). Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, "al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento», lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto" decidido, "en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico". Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida



en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que "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", se precisa 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". Ahora bien, en principio, 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 de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso.

SEXTO.- La doctrina jurisprudencial vigente.

De las sentencias transcritas cabe deducirse las siguientes conclusiones:

1. La enfermedad por sí misma, en el ordenamiento jurídico español vigente en la actualidad, tan solo es causa de improcedencia del despido y no de nulidad, en la medida en que dicha situación no está incluida entre los elementos de discriminación establecidos por la ley; para que la enfermedad pueda ser base para sustentar la nulidad debe constituir un elemento de estigmatización o segregación de quienes la padecen respecto al resto de quienes prestan servicios en el mismo centro empresa.
2. En los supuestos en los que la actuación de la empresa, por medio de amenazas o puesta en práctica de decisiones de praxis empresarial constante que estigmatice o segregue a quienes estén en situación de enfermedad o de incapacidad temporal, dicha actuación puede ser vulneradora del derecho a la integridad física de las personas que para ella presten servicios - artículo 15 CE- y, consecuentemente un despido que afecte a alguna de aquellas, con fundamento real o formal en la enfermedad, merecerá la calificación de nulidad.
3. La situación de incapacidad temporal sin más elementos tampoco equivale a discapacidad (" 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", STJUE Daouidi).
4. Puede producir discriminación la enfermedad que implique discapacidad. Para que la enfermedad implique discapacidad y, en consecuencia, nulidad del despido, es preciso que sea de larga duración, que sea conocida por la empresa y que se sitúe como causa de la extinción del contrato; el conocimiento debe alcanzar la duración, pasada o previsible de la enfermedad, y la gravedad de la misma, es decir su diagnóstico.

Como hemos señalado en nuestra sentencia 4819/2020, de 5-11-2020, recurso 2650/2020, de lo anterior cabe llegar a la conclusión de que son posibles dos escenarios: por un lado, aquellos supuestos que entre la baja y el acto extintivo haya transcurrido un plazo suficiente para poderse efectuar una asimilación con la baja (supuesto " constatación de pasado"); por otro, aquellos en los que, a pesar de no haber transcurrido un tiempo significativo, la patología concurrente, por los conocimientos médicos que se tienen, determinan la certeza de que la duración de la incapacidad temporal será de larga evolución (supuesto " previsión de futuro"). Sin embargo, como fácilmente se puede comprender, esta doctrina comunitaria comporta dos nuevos problemas hermenéuticos:

- a) uno cuantitativo (cuánto tiempo es larga duración); y
- b) otro subjetivo (esencialmente: el conocimiento por el empresario de la enfermedad o su duración).

En el caso de despido por discapacidad por enfermedad de larga duración del escenario antes calificado "de pasado" que se deriva de la STJUE Daouidi no presenta excesivas dificultades probatorias.

Ahora bien, en el caso de enfermedades de larga duración "de futuro", como hemos dicho caso, es preciso acreditar que la empresa tenía conocimiento previo de la patología concurrente, dado que difícilmente se puede discriminar a alguien si se desconoce cual es la enfermedad y, por tanto, su posible duración.

Sirva como ejemplo de la anterior reflexión la lógica aplicable a las trabajadoras embarazadas en caso de despidos. Conforme a la doctrina constitucional (STC 41/2002, de 25 de febrero) no es posible concluir que concurre una discriminación por razón de sexo si no se acredita que la empresa era conocedor del embarazo.



Pero no ocurre así en el caso del despido objetivamente nulo del artículo 55.5 b) ET, dado que dicho precepto es una mejora de lo previsto en las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, como una especie de acción positiva que el legislador español ha establecido, por lo que la simple situación de embarazo determina dicha nulidad por simple legalidad y no por vulneración de normas constitucionales, aunque el empleador lo desconozca. Pues bien, en materia de no discriminación por discapacidad la normativa española -a diferencia de otras experiencias del ordenamiento comparado- no ha establecido ningún tipo de tutela específica, más allá de la no discriminación. Por eso en supuestos como el presente (reiteramos: escenarios antes caracterizados como "de futuro") es imprescindible que la parte actora pruebe en forma fehaciente (o al menos, aporte elementos fácticos sobre los que construir una presunción judicial) del conocimiento empresarial de la enfermedad.

3. El análisis de la posible nulidad debe realizarse con referencia al momento en que se toma la decisión del despido (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 29; Daoudi).

4. La duración de la enfermedad, para que pueda ser considerada discapacitante, debe ser considerable y acercarse o superar la duración máxima de la incapacidad temporal, sin que la posterior declaración de incapacidad permanente implique incidencia alguna en la decisión, dado que era desconocida en el momento de la decisión.

La sentencia C-395/15, de 12-1-2016, Daoudi v. España, analiza la inclusión en la definición discapacidad de la expresión "larga duración" y establece los siguientes criterios:

a) la determinación del ámbito temporal nace a partir del acto discriminatorio (por lo tanto, el despido, apartado 53 de la sentencia);

b) lo que determina la equiparación a discapacidad de larga duración es el carácter duradero de la enfermedad y no la incertidumbre de la duración;

c) procede valorar en cada caso las perspectivas de no curación a corto plazo o la posibilidad de que, conforme a los conocimientos médicos, la curación sea a largo plazo.

5. Conviene recordar que, si bien el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación están regulados en el art. 14 CE, no son idénticos, dado que aquel primero opera en el ámbito de la norma (igualdad ante la ley, en el contenido de la ley y en la interpretación de la ley), mientras que el segundo extiende sus efectos también en el ámbito contractual y sólo es postulable en relación a los colectivos que, por motivos históricos han sufrido situaciones peyorativas. El derecho a la igualdad consiste en no ser tratado en forma diferente; el derecho a la no discriminación, es el derecho a ser tratado igual. Y como es notorio, entre los colectivos especialmente protegidos en el artículo 14 CE se encuentran las personas con discapacidades, tras la entrada en vigor de la Directiva 2000/78, transpuesta al ordenamiento interno por las Leyes 51/2003 y 62/2013 (actualmente, el RD Legislativo 1/2013).

Pues bien, en el caso de que el pleito verse sobre el derecho a la no discriminación la parte actora tiene una serie de cargas, anteriores a la inversión de las reglas de la carga de la prueba.

En primer lugar, procederá acreditar su inclusión en alguno de los colectivos especialmente protegidos de los artículos 14 CE y 17 ET, en este caso en el de personas discapacitadas: para ello deberá apuntarse a la larga duración y al conocimiento de las circunstancias por la empresa.

En segundo lugar, habrá que superar el denominado juicio de comparación, por tanto, la existencia de un trato peyorativo respecto a situaciones o colectivos asimilables, es decir, a quienes no acrediten discapacidad.

En tercer lugar, una vez se ha superado este, deben ser aportados indicios relativos a que el trato diferenciado tiene relación con una discriminación, en este caso la discapacidad: Indicios, en el sentido de sospechas razonables sobre el nexo de causalidad entre el trato diferenciado y la pertenencia a los colectivos protegidos por las normas de protección de la discapacidad.

Sólo cuando se han superados estos pasos procesales opera la inversión de las reglas de la carga de la prueba.

SEPTIMO.- La posición de la Sala en el caso concreto. No nulidad por discapacidad.

La primera conclusión que alcanzamos es que compartimos el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de que no nos hallamos ante un supuesto de discriminación por discapacidad en tanto que la enfermedad analizada en el presente caso *no comprende* una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración" (TJUE, C- 13/2005, Chacón Navas) ni



tampoco "una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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" (TJUE, C-397/18, DW contra Nobel Plastiques Ibérica, parágrafo 41): en efecto, la despedida ninguna diferencia -ni siquiera dificultad- tuvo en el desempeño de su trabajo que implicase un trato -o una situación- distinto y diferenciado del que recibían las demás personas del centro de trabajo, y ni siquiera se puede llegar a afirmar (no ha quedado probado) que tuviera dificultades excepcionales para el desarrollo del mismo, máxime una vez ha sido reconocido por la sentencia (a petición de la demanda) que su trabajo no era el de teleoperadora (artículo 36.1 del convenio colectivo: "Los teleoperadores y las teleoperadoras realizan tareas de Contact Center habituales y normales con una formación previa. Atienden o emiten contactos siguiendo métodos de trabajo con actuaciones protocolizadas, y decepcionan llamadas para la prestación o atención de cualesquiera servicios enumerados en el artículo 2 de este Convenio") sino de gestora (Razonamiento jurídico 4º de la sentencia recurrida, con claro valor de afirmación fáctica: " ha quedado acreditado que la demandante llevo a cabo funciones de gestora, puesto que desarrollaba la mismas tareas que otras compañeras de ésta categoría; las cuales consistían en la prestación de soporte profesional y gestión de incidencias de facturación"), lo que aumenta considerablemente su capacidad de adaptación postural al puesto de trabajo al estar menos sujeta al lugar concreto de su puesto de trabajo y teléfono para contestar las llamadas de clientes. Y no concurriendo los requisitos que exige el TJUE en su sentencia Daouidi, no podemos concluir que estemos ante un despido discriminatorio, art. 14 CE, en razón de discapacidad.

OCTAVO.- Nulidad por vulneración del artículo 15 CE .

Sin embargo también entendemos en la Sala que debemos profundizar el análisis de la hipotética vulneración de los derechos fundamentales, y ello porque somos Tribunal tutelador de derechos fundamentales según nos ordena el artículo 7 de la de la ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ); por otra parte es conocido que estamos vinculados por las pretensiones de la parte, pero no por los razonamientos que sustentan dicha pretensión y estamos obligados a aplicar el ordenamiento jurídico -con mayor intensidad su aspecto constitucional- incluso aplicando normas no citadas por las partes: en el presente caso el suplico de la demanda origen del proceso pretende la declaración de " nulidad radical del despido comunicado a la actora, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración", así como que " se otorgue la cuádruple tutela prevenida en el artículo 182 LRJS ".

Ya hemos apuntado arriba que existe una constante doctrina tradicional del Tribunal Supremo en el sentido de que la mera situación de enfermedad, no comporta la calificación del despido como nulo, en base a dos motivaciones: a) que la condición de enfermo no está contemplada en el listado de supuestos de discriminación (lo que coincide con la STJUE Chacón Navas); y b) que el despido debido a la morbilidad del trabajador no es lícito, pero no está contemplado como causa de nulidad, debiéndose acudir en todo caso a la vía de la letra d) del art. 52 ET (hoy, derogada), por lo que debe declararse la improcedencia.

Pues bien, de esos dos condicionantes resulta evidente que el primero sigue en vigor; pero no ocurre así con el segundo, tanto por la derogación del art. 52 d) ET, como en especial por la STJUE 18-1-2018, C-270/16, Ruiz Conejero y la STC 118/2019. En la primera se indica que la lucha contra el absentismo es legítima, pero también que, entre otras apreciaciones, corresponde al juez nacional " examinar si los medios previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida, procede situar ese precepto en el contexto en que se inscribe y tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere".

Por su parte, la STC 118/2019, insiste en la referencia a la legitimidad de la lucha contra el absentismo (citando la referida STJUE) señalando que:

"...En la STC 160/2007, de 2 de julio , FJ 2, que cita a su vez la doctrina sentada en la precedente STC 62/2007, de 27 de marzo , se señala que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo , FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 5/2002, de 14 de enero , FJ 4)". Esta última concreción de la tutela propia de la integridad personal, en consecuencia, no implica situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que, en abstracto, apriorística o hipotéticamente, pudiera estar contraindicada para la salud. Supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora, en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral, podría comportar en ciertas circunstancias un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo , 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 esta ... Precisamente por esa razón este Tribunal ha señalado también, como recuerda la citada STC 62/2007, que "para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)" (STC 62/2007, FJ 2). En suma, una determinada actuación empresarial en relación con las bajas por enfermedad del trabajador solo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse; es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado (STC 220/2005, FJ 4, por todas). Esta circunstancia no se advierte que concurra en el supuesto de la norma que ahora se cuestiona. En efecto, conforme a la citada doctrina constitucional, para que pudiera apreciarse la vulneración del art. 15 CE sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador".

Y, en razón a todo lo anterior, concluimos que la actuación de la empresa constituye una vulneración del derecho a la integridad física, artículo 15 CE, puesto que una "política de empresa" (HDP 7º y RJ 6º, in fine) tendente a despedir a quien ha estado a menudo en situación de incapacidad temporal es un factor de segregación de quienes se vean en la necesidad de situarse en tal estado, en la medida en que es una amenaza genérica y - a la vez- directa, claramente disuasoria para las personas trabajadoras de hacer uso del derecho fundamental a proteger su propia integridad física, y concurre una afectación negativa a la salud de los trabajadores, en la medida en que siendo ello público las personas que están enfermas difícilmente cogerán una baja por incapacidad temporal, porque corren el riesgo de ser despedidas; en definitiva, pensamos que una actuación empresarial que de responder a un hecho aislado (se despide a alguien que está de baja por enfermedad, por tal razón sin mayor extensión ni explicación) no implica vulneración de derecho fundamental, cuando se convierte en "política de empresa" y se práctica con carácter general se convierte obviamente en un ataque directo al derecho de las personas trabajadoras reconocido por la citada previsión constitucional, que -además- tiene su expresión directa para el mundo del trabajo en el artículo 4.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

Queremos poner de manifiesto que no consta en el proceso si se ha hecho uso de tal decisión en otras ocasiones, pero la afirmación del representante legal de la empresa es contundente y ha quedado probado sin discusión alguna, hecho probado que para nosotros es determinante de nuestra decisión; también consideramos significativo el hecho de que la empresa no haga uso de la posibilidad que le otorga el artículo 197.1 LRJS.

En definitiva, entendemos que se ha producido la vulneración del derecho a la integridad física de la demandante, en tanto que se le despide porque la empresa no acepta mantener el contrato de trabajo a personas que estén, hayan estado o puedan estar enfermas; y al no tener en cuenta este aspecto la sentencia recurrida nos vemos obligados a rectificar la misma y declarar la nulidad del despido de acuerdo con las previsiones del artículo 55.5 ET. Ello tendrá como consecuencia la readmisión obligatoria de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, ex art. 55.6 ET y 113 LRJS.

NOVENO.- Sobre las consecuencias del art. 183 LRJS en el caso concreto.

El recurso no formula motivo en relación con la aplicación del artículo 183 LRJS. Sin embargo, al haberse estimado la pretensión de nulidad entendemos que debemos activar las previsiones de dicho artículo y para ello vamos a hacer volver nuestra mirada a cuando se plantea en el escrito de demanda, donde se solicita en concepto de indemnización por daños la cantidad total de **18.177,05 €** desglosados en los siguientes importes: " 6.251 € en concepto de daños morales vinculados a la violación del principio de igualdad y no discriminación a la salud, y a la dignidad (artículos 10.1, 14, 15 y 35 CE)", otros " 6.251 € en concepto de daños personal y concretamente daño psicológico vinculado a la conculcación de derechos fundamentales de la trabajadora", y " 5.675,05 € en concepto de daños materiales por gastos vinculados a la defensa". No existe en la sentencia, ni en el escrito de impugnación ninguna oposición a las cuantías solicitadas.

El apartado segundo del art. 183, al disponer que "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", fija claramente los dos objetivos que debe perseguir la fijación de la indemnización: el resarcimiento suficiente a la víctima por el daño moral y material sufrido y, a la vez, que la cantidad ejerza una función disuasoria para prevenir que dichos daños se reproduzcan en el futuro, aunque sea a otros/as trabajadores. Y dada la especial gravedad de la "política de empresa" tendente a despedir a quien ha estado a menudo en situación de incapacidad temporal



como factor de segregación de quienes se vean en la necesidad de situarse en tal estado y de disuasión del ejercicio del derecho fundamental a proteger su propia integridad física, hemos de estimar íntegramente la pretensión indemnizatoria en el importe postulado de 18.177,05€, al no poder fijar un importe mayor por razón de congruencia procesal.

En razón a ello entendemos que debemos rectificar parcialmente la decisión alcanzada por la sentencia recurrida y estimar el recurso planteado contra la misma.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar, como lo hacemos, el recurso interpuesto por Amparo contra la sentencia del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona, de fecha 30 de septiembre de 2019, recaída en autos 91/2019, seguidos por despido a instancia de la recurrente contra MST ELECTRONICS S L., el MINISTERIO FISCAL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y en su consecuencia revocamos dicha sentencia, estimamos la demanda, y:

Primero: Declaramos que el despido de que fue objeto Amparo el 20 de octubre de 2018, vulnera su derecho a la integridad física y moral.

Segundo: Declaramos nulo dicho despido.

Tercero: Condenamos a la empresa MST ELECTRONICS S L. a la inmediata readmisión de Amparo en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones a las que ostentaba antes del despido con abono de los salarios dejados de percibir.

Cuarto: Condenamos a MST ELECTRONICS S L. al abono de una indemnización de 18.077,05 euros, por el daño causado a Amparo .

Firme que sea la presente sentencia se ordena la pérdida del depósito y la consignación efectuada para poder recurrir a las cuales se dará el destino legal o se destinara al cumplimiento de la condena recogida en el fallo de la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.



Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE QUE FORMULA EL ILMO. SR. MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ Y AL QUE SE ADHIERE EL ILMO. SR. JOAN AGUSTÍ MARAGALL

Comparto plenamente y con total convencimiento la declaración de nulidad del despido por vulneración del artículo 15 CE, en relación a las circunstancias concurrentes.

Sin embargo, discrepo de la mayoría de la Sala en relación a la inexistencia de discriminación por discapacidad, partiendo de mi plena conformidad con los criterios hermenéuticos que se derivan de la doctrina del TJUE, en cuanto a qué debe entenderse por " *enfermedad de larga duración asimilada a discapacidad*".

De entrada, cabe alcanzar la conclusión que la demandante tenía la condición de "trabajadora especialmente sensible" (TES) del artículo 25 LPRL, por tanto, aquellos que por " *sus propias características personales o estado biológico conocido (...) [es] especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*". La demandante tiene una afectación lumbar y su actividad es la "Gestor/a Telefónico/a" (art. 39 convenio), de naturaleza esencialmente sedentaria (lo que afecta a la patología concurrente) y ha estado reiteradamente de baja (HDP 5º) y ha comunicado a la empresa su situación (HDP 7º). Sin embargo, no consta que la empresa adoptada ninguna de las medidas previstas en el artículo 25 LRPL (evaluación individual, adaptación del puesto, cambio de puesto, etc.) En este sentido cobra significación en mi opinión la STJUE 11.09.2019, C-397/18. En ella se afirma que los TES no son, en principio, personas con discapacidad pero que pueden serlo en función de las circunstancias concurrentes, indicándose que " *la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos*".

Ciertamente en el presente caso no puede hablarse de discapacidad por enfermedad de larga duración " *de pasado*", teniendo en cuenta los períodos de baja que constan en el HDP 5º; sin embargo, desde mi punto de vista sí puede considerarse que concurre el escenario "de futuro": por tanto, según la STJUE citada, en relación al previo pronunciamiento en el asunto Daouidi, habrá que valorar " *entre los indicios que permiten considerar que una limitación de la capacidad es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho supuestamente 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*".

En mi opinión se antoja evidente que una lumbalgia en el descrito puesto de trabajo, sin que la empresa -pese a conocer la situación diagnóstica- no adoptara medidas preventivas legales, incurre en dicho escenario, por lo que el recurso también debería haber sido estimado por esta vía.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.